

DIE ZURECHNUNG DES MITWIRKENDEN VERSCHULDENS
VON AUFSICHTSPERSONEN GEGENÜBER KLEINEN KINDERN
IM NORDAMERIKANISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

EINE RECHTSVERGLEICHENDE DARSTELLUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Max-Friedrich Dehmel
aus Freiburg i. Br.

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543106_0051

DIE ZURECHNUNG DES MITWIRKENDEN VERSCHULDENS
VON AUFSICHTSPERSONEN GEGENÜBER KLEINEN KINDERN
IM NORDAMERIKANISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

EINE RECHTSVERGLEICHENDE DARSTELLUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Max-Friedrich Dehmel
aus Freiburg i. Br.

Dekan: Prof. Dr. Erich STREIBLER
Referent: Prof. Dr. Ernst von CAEMMERER
Korreferent: Prof. Dr. Wolfram MUELLER-FREIENFELS

Tag der mündlichen Prüfung: 23. November 1965



INHALT

Einleitung

1. Teil

1. Die Bedeutung des Begriffs „Immation“

M E I N E N E L T E R N

2. Teil

2. Die Bedeutung des Begriffs „Eltern“

3. Teil

3. Die Bedeutung des Begriffs „Kinder“

4. Die Bedeutung des Begriffs „Familie“

5. Die Bedeutung des Begriffs „Gesellschaft“

3. Teil

6. Die Bedeutung des Begriffs „Vaterland“

4. Teil

7. Die Bedeutung des Begriffs „Menschheit“

8. Die Bedeutung des Begriffs „Welt“

9. Die Bedeutung des Begriffs „Gott“

10. Die Bedeutung des Begriffs „Ewigkeit“

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Schrifttum	IX
Entscheidungsverzeichnis	XVIII
EINLEITUNG:	
§ 1. Einführung in das Problem. Zielsetzung und Aufgabe der rechtsvergleichenden Arbeit	1
ERSTER TEIL:	
Die Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern im deutschen Recht	
§ 2. Die Grundlagen	5
§ 3. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	11
§ 4. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	19
§ 5. Die Stellungnahme der Literatur	26
ZWEITER TEIL:	
Die Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern im nordamerikanischen Recht	
Erster Abschnitt: Die Grundlagen	
§ 6. Die negligence als Haftungsgrundlage	33
§ 7. Die contributory negligence	39
§ 8. Fehlendes eigenes Verschulden des Kindes als Voraussetzung einer Zurechnung fremden Verschuldens	47
Zweiter Abschnitt: Die Zurechnung des Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern (rule of imputed contributory negligence)	
	57

VI

A.	Darstellung und Entwicklung der rule of imputed contributory negligence zwischen Aufsichtspersonen und Kindern bis etwa 1920	
§ 9.	Die Hartfield-Doktrin	57
§ 10.	Die Vermont-rule	66
§ 11.	Überwiegende Ablehnung der Hartfield-Doktrin in den Jahren von etwa 1890 bis 1920	69
B.	Die Gründe für und wider eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens	
§ 12.	Die Theorie der Identifikation zwischen Eltern und Kind	73
§ 13.	Die Beziehung zwischen Eltern und Kindern nicht als "agency", sondern als "guardianship"	76
§ 14.	Die Billigkeit	88
§ 15.	"Public policy"	97
C.		
§ 16.	Der Standpunkt der Minderheit	103
I.	Die Entwicklung bis etwa zum Jahre 1930	103
II.	Die weitere Entwicklung	115
D.		
§ 17.	Die Entwicklung der rule of imputation bis zur Gegenwart, dargestellt an Einzelproblemen	121
I.	Allgemeines	121
II.	Kinder in Begleitung ihrer Eltern	123
III.	Kinder unbeaufsichtigt auf der Straße oder an anderen gefährlichen Plätzen	126
IV.	Kinder in Begleitung anderer Aufsichtspersonen	129

VII

V.	Kinder als Fahrgäste in (Kraft-)Fahrzeugen	133
VI.	Vertragliche Beziehungen zwischen dem verletzten Kind und dem Schädiger	142
VII.	Verschuldete Verschlimmerung des Schadens	149

E. Annex.

§ 18.	Ansprüche der Eltern aus eigenem Recht	152
-------	--	-----

DRITTER TEIL:

§ 19.	Zusammenfassung	157
I.	Problematik und Nützlichkeit einer Gegen- überstellung der Gesichtspunkte für und wider eine Zurechnung in den beiden Rechtsordnungen	157
II.	Differenzierung zwischen gesetzlichen Vertretern und Hilfspersonen	160
III.	Die Gleichbehandlung	163
IV.	Die besondere Rechtsstellung des minderjährigen Kindes	169
V.	Die Billigkeit	173
VI.	Handeln in gesetzlicher Vertretung	174
VII.	Die Unterscheidung der beiden Absätze des § 254 BGB	178
VIII.	Der Vertrag als Abgrenzungskriterium ?	180

SCHRIFTTUM

I. LITERATUR ZUM ANGLO-AMERIKANISCHEN RECHTSKREIS

- | | |
|----------------------|---|
| Arminjon-Nolde-Wolff | Traité de Droit Comparé, Vol. III, Paris 1951 |
| Black, H. C. | Law Dictionary, 4th ed. St. Paul, Minn. 1951 |
| Bohlen | Liability in tort of infants and insane persons,
23 Mich. L. Rev. 9 (1924) |
| --- | Contributory negligence, 21 Harv. L. Rev. 233
(1908) |
| --- | Fifty Years of Torts, 50 Harv. L. Rev. 725, 1225
(1937) |
| Charlesworth | On Negligence, 4th ed. by R. A. Percey London
1962 |
| Clerk & Lindsell | On Torts, 12th ed. London 1961 |
| Cooley | Treatise on the Law of Torts, Rev. students' ed.
by Throckmorton, Chicago 1930 |
| Ficker, H. G. | Die Ansprüche der Hinterbliebenen aus tödlichen
Verkehrsunfällen nach englischem Recht, RabelsZ
8, 376 (1934) |
| Friedman | Law of Agency, London 1960 |
| Friedmann, W. | Principles of tort liability and the growth of in-
surance, in Festschrift für Ehrenzweig, S. 25
(1955) |
| Grad | Recent Developments in Automobile Accident
Compensation, 50 Colum. L. Rev. 300 (1950) |
| Gregory, Ch. O. | Vicarious responsibility and contributory negli-
gence, 41 Yale L.J. 831 (1932) |

Gregory and Kalven	Cases and Materials on Torts, Boston 1959
Hammann	Die Haftung der Eisenbahnen und Kraftfahrzeuge im englischen Recht, RabelsZ 2, 982 (1928)
Harper and James	The Law of Torts, 3 Vol., Boston, Toronto 1956
James, Fl.	Accident liability reconsidered. The impact of liability insurance, 57 Yale L.J. 549 (1948)
---	Contributory negligence, 62 Yale L.J. 691 (1953)
---	Functions of judge and jury in negligence cases, 58 Yale L.J. 667 (1949)
---	Imputed contributory negligence, 14 La. L. Rev. 340 (1954)
James and Dickinson	Accident proneness and accident law, 63 Harv. L. Rev. 769 (1950)
Keßler, F.	Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht, 1933, in Beiträge des Berliner Instituts zum ausl. und internat. Privatrecht, Heft 6
Lawson, F.H.	Negligence in the civil law, Oxford 1955
Levi, E.H.	An introduction to legal reasoning, Chicago 1948, 1955
Llewellyn, K.N.	Präjudizienrecht in Amerika, Leipzig 1933
Marsh	Unerlaubte Handlungen im englischen Recht, RabelsZ 1955, 643
McCormick, Ch. T.	Law of Damages, St. Paul, Minn. 1935
McCurdy	Torts between persons in domestic relations, 43 Harv. L. Rev. 1030 (1930)

XI

Parker, R.	Privatrecht der USA, 1960
Prosser, W.L.	Law of Torts, 2d ed., St. Paul, Minn. 1955
---	Comparative Negligence, in Selected Topics on the Law of Torts, S. 1 ff. (1953)
---	The Borderland of Tort and Contract, in Selected Topics on the Law of Torts, (Ann Arbor), (1953) S. 380 ff.
Prosser-Smith	Cases and Materials on Torts, 3d ed. of Smith and Prosser's Cases, Brooklyn 1962
Rabel, E.	Deutsches und amerikanisches Recht, RabelsZ 16, 340 (1951)
Rheinstein, M.	Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht, 1932, in Beiträge des Berliner Instituts zum ausl. und internat. Privatrecht, Band 5
Salmond-Heuston	Law of Torts, 13. ed. London 1961
Schenk, W.	Das Recht der fahrlässigen unerlaubten Handlungen (negligence) in Amerika, NJW 1949, 899
Schofield	Davies v. Mann, Theory of Contributory Negligence, 3 Harv. L. Rev. 263 (1890)
Schumacher	Rights of Action under Death- and Survival Statutes, 23 Mich. L. Rev. 114 (1924)
Seavey	Negligence, Subjective or Objective? 41 Harv. L. Rev. 1 (1927)
Shulman, H.	The standard of care required of children, 37 Yale L.J. 618 (1928)
Street	Law of Torts, 3d ed. London 1963

- Wharton, F. A Treatise of the Law of Negligence, 2d ed.
Philadelphia 1878
- Williams, Glanville Joint torts and contributory negligence, London
1951
- Williston-Jaeger A treatise on the Law of Contracts, 3d ed. Mount
Kisko N.Y. 1962
- Winfield, P.H. On Tort, 7th ed. by J.A. Jolowicz and T.E. Le-
wis, London 1963
- Death as affecting liability in tort, 29 Colum.
L. Rev. 239 (1929)

II. LITERATUR DES DEUTSCHEN RECHTSKREISES

- Böhmer, Emil Mitverschulden von Aufsichtspersonen bei Verkehrs-
unfällen von Kindern, JZ 1955, 699
- Muß sich ein unfallverletztes Kind das Verschulden
des Aufsichtspflichtigen entgegenhalten lassen?
RdK 1955, 145
- Eine unzulässige Behandlung geschädigter Minder-
jähriger, VersR 1957, 697
- § 278 setzt das Bestehen einer Verbindlichkeit
voraus, JR 1958, 18
- Elterliches Mitverschulden bei Unfällen von in der
Bahn beförderten Kindern, MdR 1960, 265
- Der Schlußatz des § 254 Abs. 2 BGB bezieht sich
nicht auf unerlaubte Handlungen im Sinne des
§ 254 Abs. 1, MdR 1961, 1
- Zur Frage der entsprechenden Anwendung des § 278
bei mitwirkendem Verschulden des Beschädigten,
NJW 1961, 62

XIII

- v. Caemmerer, E. Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Rabel (1954) I, S. 362 ff.
-
- Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift für den Deutschen Juristentag II (1960), S. 49 ff.
- Cohn, L. Untersuchungen zu § 254 BGB, GruchBeitr. 43, 96
- Crome, C. System des Bürgerlichen Rechts, Band I, 1909
- Deutsch, E. Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, JZ 1964, 86
- Dungs Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, GruchBeitr. 54, 537 (1910)
- Dunz Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschuldens, JZ 1961, 406
- Ehrenzweig, A. Schuldhaftung im Schadensersatzrecht, Wien 1936
- Endemann, F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. A. 1903
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958
- Erdsiek, G. Bedarf unser Haftungsrecht einer Überprüfung und in welchen Punkten?, Karlsruher Forum 1960, S. 3
- Erman, W. Handkommentar zum BGB, 3. A. 1962
- Esser, J. Schuldrecht, 2. A. 1960
-
- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956
-
- Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen, JZ 1952, 257

Esser, J.	Zur Anrechnungspflicht elterlichen Mitverschuldens bei Verkehrsunfällen deliktsunfähiger Kinder, JZ 1953, 691
---	Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129
Feder, E.	Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902
Geigel-Geigel	Haftpflichtprozeß, 11. A. 1963
Gernhuber, J.	Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, in Festschrift für Nikisch (1958) S. 249
---	Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens, AcP 152, 69 (1952/53)
Grünebaum	Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Geschädigten, "Recht" 1908, 97
Heck, P.	Grundriß des Schuldrechts, 1929
Hinze	Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem außervertraglichen Verschulden, JW 1908, 230
Josef, E.	Die Haftung des Beschädigten für mitwirkendes Verschulden seines gesetzlichen Vertreters, Thür. Bl. 61, 175 (1914)
Kleindienst, B.	Der Bewahrungsgehilfe, Diss. Tübingen 1956
---	Zur Bedeutung des § 278 bei mitwirkendem Verschulden, JZ 1957, 457
---	Die entsprechende Anwendung des § 278 bei mitwirkendem Verschulden, NJW 1960, 2028
Krückmann, P.	Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, IheringsJb. 55, 1 (1909)

Lange, H.	Mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Gehilfen außerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses, NJW 1953, 967
Larenz, K.	Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 6. A. 1963, Band II, 6. A. 1964
Leonhard, F.	Allgemeines Schuldrecht des BGB, Band I, 1929
Lepenies, W.	Der Einwand mitwirkenden Verschuldens bzw. mitwirkender Verursachung gegenüber Haftpflichtansprüchen von Kindern, VersR 1951, 143
Mammey	Zur Anrechnung des Aufsichtsverschuldens des gesetzlichen Vertreters als Mitverschulden des Kindes, NJW 1960, 753
Medicus, D.	Zur Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Hilfspersonen, NJW 1962, 2081
Meyer	Der Schlußsatz des § 254, "Recht" 1924, 508
Motive zum Entwurf	eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2
Müller-Freienfels, W.	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955
Oertmann	Kommentar zum BGB, 5. A. II 1, 1928
Ostwald	Zur Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB, insbesondere bei Verträgen zugunsten Dritter, LZ 1923, 516
Palandt	Kommentar zum BGB, 23. A. 1964
Pienitz, E.	Der Minderjährige im Haftpflichtrecht, 2. A. 1960
Planck	Kommentar zum BGB, 4. A., 1. Teil 1914 (bearbeitet von Siber), 2. Teil 1928 (bearbeitet von Siber)

Przibilla	Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen, JW 1909, 179
Rabel, E.	Das Recht des Warenkaufs, Band I, 1936
RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB, II, 11. A. 1960
Rheinstein, M.	Haftung für Kraftfahrzeuge, in Rechtsvergleichen- des Handwörterbuch, Band 4, 81 (1933)
Rühland, C.	Haftung für Eisenbahnen, in Rechtsvergleichen- des Handwörterbuch, Band 4, 59 (1933)
Rümelin, M.	Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, AcP 90, 171, 307 ff. (1900)
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten, 1953
Schroeder, J.	Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 BGB im 2. Abs. des § 254, AcP 95, 298 (1904)
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 1. Band, 9. A. 1959
Staks, A.	Mitverschulden von Aufsichtspersonen bei Ver- kehrsunfällen von Kindern, JZ 1955, 606
Staudinger	Kommentar zum BGB. Band II: Recht der Schuld- verhältnisse, 1. Teil, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. bearb. von Werner, 1930; 11. Aufl. (§§ 249-277) bearb. von Werner, 1959, 1962; 2. Teil, 11. Aufl. 1955; 3. Teil, 11. Aufl. 1958.
Stoll, H.	Handeln auf eigene Gefahr, 1961
Titze	Unerlaubte Handlungen, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band 6, 676 (1938)

XVII

- Veith, H.J. Kindschaftsrecht, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band 4, 771 (1933)
- Venzmer, K.J. Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960
- Voss, G. Zur Haftung des Schadensstifters bei Verletzung der Aufsichtspflicht des gesetzlichen Vertreters, VersR 1952, 252
- Weigert, H.W. Haftung für Angestellte, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band 4, 43 (1933)
- Weimar, W. Muß sich das Kind als Verkehrsoffer eine Verletzung der Aufsichtspflicht durch Verwandte anrechnen lassen?, DRiZ 1955, 108
- Weitnauer Grundsätze der Haftung, in Karlsruher Forum 1962, S. 3 ff.
- Wesenberg, G. Verträge zugunsten Dritter, 1949
- Wussow- Wussow Unfallhaftpflichtrecht, 8. A. 1963
- Zitelmann, E. Das Recht des BGB, Allg. Teil, 1900

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

(Die Zahlen beziehen sich auf die Anmerkungen des zweiten Teils.)

- American Tobacco Co. v. Harrison 382
- Anthony v. Boston & M.R.R. 290, 422
- Anthony v. Dutton 449
- Atchison, T. & S.F.Ry.Co. v. Calhoun 170, 227, 442
- Atlanta, B. & C.Ry.Co.v. Loftin 435
- Atlanta & C.Air-Line Ry.Co. v. Gravitt 220
- Atlantic Coast Line R.Co. v. Truett 385
- Bamberger v. Citizens' St.R.Co. 240, 392, 501
- Battishill v. Humphery 108, 177, 242, 391, 414
- Beasley v. U.S. 381
- Becker v. Rupp 455
- Bellefontaine & I.R.Co. v. Snyder 110, 204, 490
- Berry v. Lake Erie & W.R.Co. 122, 193, 219, 357
- Berry v. St. Louis, M. & S.E.R.Co. 207
- Bessey v. Salemme 67, 326, 427, 429
- Bisaillon v. Blood 377
- Blossom Oil & Cotton Co. v. Poteet 457
- Boehm v. City of Detroit 226
- Boland v. R.Co. 205
- Bottoms v. Seaboard & R.R.Co. 88, 146, 166, 174, 198, 222
- Bowman v. Ernst 432
- Brekke v. Rothermal 64, 366
- Brennan v. Minnesota, D. & W.Ry.Co. 175, 215

- Brennecke v. Kilpatrick 257
- Bricker v. Green 418
- Briggs v. City of Philadelphia 471
- Brinkley Car Works & MFG.Co. v. Cooper 380
- Brooks v. Glidden 333
- Brown v. Schendelman 272, 360
- Burton v. Spurlock's Adm'r. 378, 501
- Burzio v. Joplin & P.R.Co. 134, 176
- Butterfield v. Community Light & Power Co. 470
- Butterfield v. Forrester 30
- Cadman v. White 323
- Carpenter v. Gibson 437
- Casey v. Smith 95, 281, 283
- Charbonneau v. McRury 82
- Chicago City Ry.Co. v. Robinson 102
- Chicago City Ry.Co. v. Tuohy 64
- Chicago City Ry.Co. v. Wilcox 64, 87, 101, 105, 116, 233
- Chicago G.W.Ry.Co. v. Kowalski 128
- Chicago, K. & W.R.Co. v. Bockoven 100
- City of Chicago v. Hesing 102
- City of Cumberland v. Lottig 96
- City of Danville v. Howard 458
- City of Evansville v. Sennhenn 94, 119, 211, 365
- City of Horton v. Trompeter 100
- City of Jeffersonville v. McHenry 144, 167, 179, 197
- Clarette v. Burke 324

- Colligan v. Reilly 70, 73
- Collins v. South Boston H.R.Co. 278, 281, 284, 378
- Constantine v. Pennsylvania R.Co. 437
- Conway v. Monidah Trust 492
- Coole v. Haskins 460
- Cooper v. Anderson 372
- Cotter v. Lynn & B.R.R. 280
- County Com'rs of Caroline County v. Beulah 270, 421
- Covington v. Seaboard Air Line Ry.Co. 437
- Cowgill v. Boock 257
- Crane v. Smith 370
- Crevelli v. Chicago, M. & St.P.Ry.Co. 498
- Cumming v. Brooklyn City R.Co. 295, 297
- Daignault v. Berkshire Street Ry.Co. 291
- Daly v. Hinz 104
- Dan v. Citizens' St.R.Co. 378
- Davies v. Mann 232
- Davis v. Margolis 244
- Davis v. New York Cent.R.Co. 417
- Davis v. Seaboard Airline Ry. 501
- Day v. Cunningham 72, 265
- Day v. Johnson 70, 315
- Delaware, L. & W.R.Co. v. Devore 299, 423
- Del Rossi v. Cooney 378
- Dennehy v. Jordan Marsh Co. 67, 330
- Denver City Tramway Co. v. Brown 223

- Donlin v. Detroit United Ry. 172, 416
- Dowd v. Tighe 67, 277
- Dubov v. Ropes 436
- Duffy v. Cortesi 393
- Dunlap v. Dunlap 142, 257
- Eckhardt v. Hanson 66
- Eden v. Klaas 436
- Erie City Pass.Ry.Co. v. Schuster 201
- Erie Railroad Co. v. Tompkins I, 15
- Eskildsen v. City of Seattle 375
- Farran v. Peterson 454
- Feaver v. Ry.Expr.Agency 331
- Feldman v. Detroit United Ry. 390, 501
- Fitzgerald v. St. Paul, M. & M.Ry.Co. 90, 93, 125
- Flaherty v. Butte Electric Co. 168, 229
- Fox v. Chicago, St.P.M. & O.Ry.Co. 93, 441
- Frei v. Brownlee 436
- Frein v. Sears, Roebuck & Co. 317, 464
- Friedman v. Berthiaume 67, 327, 427
- Fye v. Chapin 226
- Gallagher v. Johnson 288, 422
- Gallo v. Simpson Spring Co. 369
- Galveston, H. & H.Ry.Co. v. Moore 192, 208, 209, 358

- Garelli v. Sterling Alaska Fur & Game Farms, Inc. 33, 320
- Gavin v. City of Chicago 103
- Gigoux v Yamhill County 483
- Gill v. Jakstas 332
- Government Street R. Co. v. Hanlon 208
- Graham v. Western Maryland Dairy 335
- Grant v. Bangor Ry. & Electric Co. 68, 261, 387
- Grant v. City of Fitchburg 286, 378
- Gravel v. Le Blanc 341
- Gregg v. King County 227
- Gress v. Philadelphia & R. Ry. Co. 389
- Gulesserian v. Madison Ry. 's Co. 132, 411
- Gulf Production Co. v. Quisenberry 447
- Hall v. Brooklands Auto Racing Club 77
- Hamlin v. N. H. Bragg & Sons 264
- Hampel v. Detroit, G. R. & W. Ry. Co. 172, 415
- Harper v. Vallejo Housing Authority 451
- Harrington v. Butte, A. & P. Ry. Co. 378
- Hartfield v. Roper 87, 112, 137, 249
- Hastings v. Hastings 259
- Hasty v. Cumberland County Power & Light Co. 264
- Hathaway v. Toledo, W. & W. R. Co. 119
- Hayes v. Norcross 83
- Henderson v. Henderson 257
- Hennessey v. Brooklyn City R. Co. 298, 310, 325, 425

Hewlett v. George 253, 254

Higgins v. Deeney 104

Highland Ave. & B.R.Co. v. Robbins 380

Hilstad v. City of Seattle 433

Hoppe v. Chicago, M. & St.P.Ry.Co. 98

Howe v. Central Vermont Ry.Co. 195, 429

H. T. Whitson Lumber Co. v. Upchurch 482

Huerzeler v. Central Cross Town R.Co. 294

Huff v. Ames 226

Ihl v. The Forty-Second Street & Ground Street Ferry R.R.Co. 295

Isabel v. ...R.Co. 205

Ives v. Welden 129

Jacksonville Electric Co. v. Adams 375

Jacobs v. H.J. Koehler Sporting Goods Co. 61

J.F. Darmody Co. v. Reed 393

John v. Pierce 410

Johnson's Adm'r v. Rutland R.Co. 68, 376

Jones v. City of Aberdeen 336

Juskowitz v. Dry Dock, E.B. & B.R.Co. 302

Kansas City S.Ry.Co. v. Philips 443

Kay v. Pennsylvania R.Co. 109, 200

Kelley v. Texas & P.Ry.Co. 440

Kieley v. N.Y. Cent. & H.R.R.Co. 378

Kliebert v. Marquette Casualty Co. 436

Kuchcinsky v. Curtis 417

Kuemmel v. Vradenburg 468

Kupchinski v. Vacuum Oil Co. 311, 426

Kyne v. Wilmington & N.R.Co. 92, 139, 271, 420

Lafayette & I.R.Co. v.Huffmann 119

Lafferty v. Third Ave.R.Co. 70, 304

Lake Shore & M.S.R.Co. v. Miller 406

Lange v. Hoyt 485

Lannen v. Gas-Light Co. 203

Lauson v. Town of Fond Du Lac 410

Lee v. New River & Pocahontas Consol. Coal Co. 501

Lewin v. Lehigh Valley R.Co. 299, 424

Limehouse v. Southern Ry.Co. 436

Little v. Hackett 403

Louisville, N.A. & C.Ry.Co. v. Sears 94

Louisville & N.R.Co. v. Wilkin's guardian 481

Love v. Detroit, J. & C.R.Co. 498

Lowery v. Berry 393

Lowery v. New York Ice Co. 303

Lusk v. Lusk 257

Lynch v. Smith 276, 282

Maccia v. Tynes 436

Marchant v. Boston & M.R.R. 285, 387

Marino v. Kane 319

- Martineau v. Waldman 501
 Maskaliunas v. Chicago & W.I.R.Co. 64, 81
 Matarese v. Matarese 255
 Mattson v. Minnesota & N.W.R.Co. 124, 216, 233
 McGarry v. Loomis 294
 McKelvey v. McKelvey 255
 McKenna v. Andreassi 293, 387
 McKeon v. Goldstein 340, 452
 McQuilquin v. Central Pac.R.Co. 104
 Meeks v. Southern P.R.Co. 104
 Messick v. Delaware Electric Power Co. 275, 306, 312, 365
 Metcalfe v. Rochester Ry.Co. 295, 300, 362, 426
 Meyer v. Inguaggiato 70, 315
 Miller v. Flash Chemical Co., 281, 283
 Mills v. Armstrong (The Bernina) 401
 Minsk v. Pitaro 67, 292, 378
 Missouri Pac.R.Co. v. Moore 371
 Missouri, K. & T.Ry.Co. v. Perino 390
 Monrean v. Eastern Wisconsin Ry. & Light Co., 379
 Morgan v. Aroostook Valley R.Co. 263
 Mullen v. City of Owosso 410
 Mullinax v. Hord 484

 Nashville Lumber Co. v. Busbee 498
 Nashville R.R. v. Howard 359
 Neff v. City of Cameron 163, 204, 206, 231, 480

Nettles v. Southern Ry. Co. 389

Newman v. Phillipsburgh Horse Car Ry. Co. 91, 107, 173, 178, 245

Nichols v. Nashville Housing Authority 501

Nicolle v. Roberts 436

Niemi v. Boston & M. R. R. Co. 501

Norfolk & W. R. Co. v. Groseclose's Adm'r 171, 196, 364, 501

Northern Texas Traction Co. v. Roye 365

Novak v. State 316

Nudd v. Matsoukas 257

Oglesby v. Rutledge 448

Oliver v. Birmingham and Midland Omnibus Co. 344, 391

Ouderkirk v. Boston & M. R. R. 310, 425

Owen v. Moore 436

Palmer v. Miller 158

Parish v. Town of Eden 98

Pastore v. Livingston 87, 307

Patsy Oil & Gas Co. v. Odom 393

Peoples v. Seamon 501

Perryman v. Chicago City Ry. Co. 388

Peterson v. Richfield Plaza 459

Pinto v. Brennan 292

Ploof v. Burlington Traction Co. 194, 213

Potanko v. Sears, Roebuck & Co. 467

Potter v. Florida Motor Lines, Inc. 429

- Power v. Harlow 189, 217
- Pratt Coal & Iron Co. v. Brawley 392, 491
- Price v. City of Monroe 436
- Prideaux v. City of Mineral Point 99, 406
- Primus v. Bellevue Apartments 450
- Prunty v. Tyler Traction Co. 214
- Public Service Co. v. Petty 367
- Quisenberry v. Gulf Production Co. 447
- Raskin v. Sioux City 431
- R. Co. v. Bumstead 117
- R. Co. v. Stratton 117
- Reed v. Minneapolis St. Ry. Co. 93
- Regan v. International Ry. Co. 309
- Reiter v. Grober 412
- Reynolds v. Willson 386
- Richardson v. Nelson 444
- Richmond, F. & P. R. Co. v. Martin's Adm'r 389, 501
- Roberts v. Ring 81
- Robinson v. Cone 105
- Romine v. City of Watseka 64, 436
- Rubin v. Olympia Resort, Inc. 320
- Rutkowski v. Connecticut Light & Power Co. 81
- Ryczko v. Klenotich 308
- Schindler v. Milwaukee, L. S. & W. Ry. Co. 218, 243, 413

- Schlenks v. Central Pass.Ry.Co. 389
- Serano v. New York Cent. & H.R.R.Co. 70, 305
- Shiels v. Audette 86
- Shierhold v. North Beach & M.R.Co. 104
- Shippy v. Village of Au Sable 226
- Siegel v. Sears, Roebuck & Co. 318, 465
- Slater v. Burlington, C.R. & N.Ry.Co. 91, 431
- Slattery v. Lawrence Ice Co. 281
- Slattery v. O'Connell 279, 286
- Smith v. Schwartz 434
- South Covington & C.St.Ry.Co. v. Herrklotz 87, 208, 221
- Stafford v. Freightways Inc. 436
- Stillson v. Hannibal & St.J.R.Co. 356
- St. Louis, I.M. & S.Ry.Co. v. Flinn 226
- St. Louis & S.F.R.Co. v. Underwood 456
- Sughrue v. Bay State St.Ry.Co. 281, 390
- Sullivan v. Boston Elevated Ry.Co. 67, 277, 378
- Sullivan v. Chadwick 287
- Terre Haute, I. & E. Traction Co. v. Stevenson 430
- Terre Haute St.Ry.Co. v. Tappenbeck 94
- Thacker v. I.C. Penney Co. 466
- Thompson v. Paseo Manor South, Inc. 453
- Thorogood v. Bryan 398, 402, 410
- Tibbets v. Harbach 342
- Town of Flagstaff v. Gomez 181, 229, 501

- Tucker v. Draper 501
- Tucker v. Ryan 325, 422
- Tugman v. Riverside & Dan River Cotton Mills, Inc. 446
- Tyler v. Wood 65
- Union Pac. Ry. Co. v. Young 133
- Union Traction Co. v. Gaunt 158
- United RYS & Electric Co. of Baltimore v. Carneal 69, 267
- Verni v. Johnson 70
- Vinnette v. Northern Pac. Ry. Co. 490, 501
- Waite v. North Eastern Ry. Co. 89, 138, 345, 346, 354, 391
- Warren v. Manchester St. Ry. Co. 164, 204, 212, 501
- Watson v. Southern Ry. 146, 169, 210, 244, 388
- Webb v. Hoover- Guernsey Dairy Co. 225
- Webb v. Scott 462
- Wessman v. Scandrett 435
- Westbrook v. Mobile & O. R. Co. 145, 202, 208, 388
- Westerfield v. Lewis 64, 498
- Western Union Tel. Co. v. Hoffmann 479
- Whirley v. Whiteman 222
- Williams v. Missouri Pac. R. Co. 394
- Wilmot v. McPadden 498
- Wilson v. Thayer County Agric. Soc. 368
- Winters v. Kansas City Cable Ry. Co. 145, 205, 365, 388
- Wiswell v. Doyle 283, 284, 286

Witt v. Houston 384

Wolf v. Lake Erie & W.R.Co. 501

Womack v. Preach 501

Wood v. Balzano 343

Wymore v. Mahaska County 162, 364, 431

York Ice Machinery Co. v. Sachs 269

Zaccari v. U.S. 338

Zarzana v. Neve Drug Co. 87, 104, 130, 224, 231

EINLEITUNG

§ 1

Einführung in das Problem Zielsetzung und Aufgabe der rechtsvergleichenden Arbeit

I. Seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich das deutsche Zivilrecht mit dem Rechtsproblem auseinanderzusetzen, ob und in welchem Umfang sich ein Geschädigter bei einem Schadensersatzanspruch das mitwirkende Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder seiner Hilfspersonen anrechnen und sich damit eine Kürzung seines Anspruchs gefallen lassen muß.

Das Thema dieser Arbeit umfaßt davon nur einen Teilbereich: Müssen sich kleine Kinder ¹⁾ bei einem Anspruch aus eigenem Recht ein mitwirkendes Verschulden ihrer Eltern oder anderer Aufsichtspersonen als eigenes Verschulden zu rechnen lassen.

Gerade in jüngster Zeit hat dieser Problemkreis die Rechtsprechung und Literatur im deutschen Recht in starkem Maße beschäftigt; er ist sogar als "eine der kompliziertesten Fragen des gesamten Schuldrechts" bezeichnet worden. ²⁾

II. Angesichts der fortdauernden und keineswegs ausgetragenen Auseinandersetzung im deutschen Recht über Zulässigkeit und Grenzen einer Zurechnung des Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern hat es sich der Verfasser zum Ziel gesetzt, den Problemkreis in einem anderen Rechtssystem, nämlich dem common law der Vereinigten Staaten von Nordamerika, darzustellen.

Im Mittelpunkt der Arbeit wird die eingehende Schilderung ³⁾ der Grundlagen, der Entwicklung und Lösungen des amerikanischen Rechts zu dieser Frage stehen.

Es liegt dieser Darstellung allerdings fern, die aufgezeigten Lösungen ohne weiteres auf das deutsche Recht übertragen zu wollen. Sinn und Zweck einer rechtsvergleichenden Arbeit ist es nicht, fremde Rechtsgedanken und Institutionen zur Rezeption zu empfehlen ⁴⁾. Ein berechtigtes Anliegen aber ist es, die deutsche

1) Die Bezeichnung "kleine Kinder" gilt im Rahmen dieser Arbeit für alle Minderjährigen, denen ein eigenes Mitverschulden nicht vorgeworfen werden kann.

Es handelt sich daher um Kinder bis zu einem Höchstalter von etwa 14 Jahren.

2) Kleindienst, NJW 1960, 2028.

3) Im Sinne Rabels: Deutsches und amerikanisches Recht, RabelsZ 16, 340, 342 (1951).

4) Rabel aaO S. 357.

Diskussion mit den vielfältigen Gedanken und dem überwältigenden Material der zahllosen Einzelentscheidungen des nordamerikanischen Rechts bekannt zu machen und durch die Beschäftigung mit dem so anders gearteten anglo-amerikanischen Rechtsdenken eine Anregung zu geben, die hergebrachten eigenen Institute und Lösungen noch einmal zu überdenken.⁵⁾ In der Auseinandersetzung mit den Problemen des common law werden sich für das deutsche Recht neue Ausblicke gewinnen lassen; vielleicht werden auch bei einer durch die Untersuchung angeregten Besinnung auf die Ordnungsaufgaben des Schadensausgleichs und des Mitverschuldens die Lösungen sichtbar, unter denen eine verständige Auswahl schwanken darf⁶⁾.

III. Eine solche Darstellung gibt in mancher Hinsicht Probleme auf. Wenn sich auch das common law und das deutsche Recht von ihren entgegengesetzten Ausgangspunkten her ein wenig annähern und dieser Prozeß sich wahrscheinlich immer mehr verstärken wird⁷⁾, so weisen doch das common law mit seinem Präjudizienrecht und das an einer Gesetzesinterpretation orientierte deutsche Rechtssystem erhebliche Unterschiede auf, die einem kontinental geschulten Juristen das Eindringen in die Probleme erschweren.

So ist das common law nicht entfernt so durchrationalisiert und systematisch zu erfassen wie eine kontinentaleuropäische Rechtsordnung. Das common law, mit dem es die Arbeit im wesentlichen zu tun hat, weil es auf dem Gebiet der Haftung für Körperverletzungen und überhaupt im Verkehrsrecht noch kaum Gesetzesrecht der einzelnen Staaten gibt⁸⁾, bildet kein geschlossenes System, sondern hat zum Ausgangspunkt ein mehr oder weniger offenes Aktionensystem, das an historischen Klagemöglichkeiten orientiert ist⁹⁾. Die Rechtsfortbildung vollzieht sich in einem "legal reasoning from precedent to precedent"¹⁰⁾. Der Richter legt sich bei der Entscheidung eines bestimmten Falles aus den früheren

5) Vgl. Llewellyn; Präjudizienrecht in Amerika, S. 1 f.

6) Vgl. Rabel aaO S. 357; Esser, Grundsatz und Norm, S. 349 ff.

7) Vgl. Esser aaO passim, bes. S. 142 ff, 288 ff mit weiteren Nachweisen; er weist auf die entscheidende Funktion der Rechtsprechung für die Fortbildung des Rechts in beiden Systemen hin, auf die in beiden Rechtsordnungen zu verfolgende Entwicklung allgemeiner Rechtsgedanken (principles) und auf die Ausbreitung des Gesetzesrechts in den USA.

8) Vgl. dazu Schenck, Das Recht der fahrlässigen unerlaubten Handlungen in USA, NJW 1949, 899.

9) Esser aaO S. 183

10) Levi, An Introduction into legal reasoning, S. 1 ff;
Esser aaO S. 184.

Urteilen eine rule zurecht, die er im konkreten Fall als Rechtsnorm heranzieht. Auf diese Weise wird aber in jedem späteren Fall die aus einem precedent gewonnene rule "stetig neu integriert, abgewandelt, verfeinert, verengt oder erweitert" ¹¹⁾, so daß der Richter im Grunde hier auf eine verdeckte Form Recht schafft. Die Rechtsnorm wird auf diese Weise in ihrer Anwendung ständig umgestaltet, allerdings auch ständig zu ihrem Grundgedanken zurückgeführt.

Dadurch gewinnt das common law zwar eine größere Kontinuität und eine bessere geschichtliche Grundlage, es verliert aber zugleich an Übersichtlichkeit, und es werden widersprüchliche Tendenzen sichtbar ¹²⁾. Die Entwicklungslinien lassen sich nicht so leicht erkennen, weil sich die Rechtsfortbildung im Rahmen eines Fallrechts vollzieht, "das selbst in ruhendem Zustand nicht immer greifbar ist" ¹³⁾.

IV. Es kommt hinzu, daß es eigentlich kein "amerikanisches Privatrecht" gibt, sondern nur das common law der fünfzig Einzelstaaten ¹⁴⁾. Allerdings machen sich die Unterschiede, besonders wegen der gemeinsamen Herkunft aus dem englischen common law, nicht so bemerkbar, daß man nicht mehr von einem einheitlichen Rechtsbild sprechen kann. Es besteht aber häufig nur eine Rechtsähnlichkeit, nicht eine Identität der Rechtsentwicklung in den einzelnen Staaten. So wird sich auch im Laufe der Darstellung nicht selten die Notwendigkeit ergeben, die Rechtsentwicklung und Rechtsprechung einzelner Staaten besonders zu berücksichtigen, wenn sie erheblich von den Lösungen anderer Staaten abweichen.

Auch die Bundesgerichte in den einzelnen Staaten haben keine Möglichkeit mehr, im Sinne einer bundeseinheitlichen Entwicklung Recht zu sprechen, seit sie nach einer Entscheidung des US-Supreme Court aus dem Jahre 1938 ¹⁵⁾ im wichtigsten Teil ihrer Zuständigkeit ¹⁶⁾ nach dem jeweiligen Recht des Einzel-

11) Esser aaO S. 184.

12) Llewellyn aaO S. 2.

13) Titze, Unerlaubte Handlungen, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band 6, S. 676, 717.

14) Vgl. Parker, Privatrecht der USA, S. 1 ff.

15) Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 US 64, 82 Law.Ed. 1188, 1191: Tompkins, ein Bürger aus Pennsylvania, ist im Gebiet von New York von einem Zug der Beklagten nachts angefahren worden, weil er auf einem Pfad entlang der Schienen lief. Nach Pennsylvania-law wäre er "trespasser", nach New Yorker Recht nicht.

16) Bei Rechtsfällen zwischen Bürgern verschiedener Staaten. An Zuständigkeiten für die Bundesgerichte bleiben außerdem praktisch nur noch Klagen gegen die Bundesverwaltung (vgl. Parker aaO S. 4 f.).

staats zu entscheiden haben, in dem sie zuerst angerufen wurden, und zwar auch nach dem gewohnheitsrechtlich geltenden common law dieses jeweiligen Staates. 17)

Die Zusammenfassung der common law rules in den Restatements der dreißiger Jahre besitzt ebenfalls nur durch ihre suggestive Wirkung auf die Gerichte eine einheitsbildende Funktion. Sie wirkt nicht verbindlich wie ein Gesetz im kontinentalen Rechtskreis; außerdem findet sich darin auch nur eine unsystematische Zusammenfassung durchschnittlicher Rechtsauffassungen der Gerichte, aber kein Rechtssystem 18).

Schließlich wirkt das Recht der USA überwältigend in seinem vielfältigen Strom der Entwicklung, der durch die Weite des Landes und die ungeheure Entfaltung der Technik noch gesteigert wird, in der unabsehbaren Zahl der Entscheidungen der Bundes- und Staatsgerichte, die dem common law jeweils eine eigene Färbung vermittelt haben 19).

17) Die Bundesgerichte haben sich also nicht nur nach dem Gesetzesrecht der einzelnen Staaten zu richten, sondern auch nach den Entscheidungsnormen der jeweiligen obersten Staatsgerichte, die das common law ihres Staates fortbilden. Es gebe nur ein "federal common law".

18) Vgl. Rabel aaO S. 346.

19) Rabel aaO S. 343 f.

ERSTER TEIL

DIE ZURECHNUNG DES MITWIRKENDEN VERSCHULDENS
VON AUFSICHTSPERSONEN GEGENÜBER KLEINEN KINDERN
IM DEUTSCHEN RECHT

§ 2

Die Grundlagen

Im Gegensatz zum common law ist das deutsche Recht mit der Anwendung und Auslegung des Gesetzes konfrontiert. Der Problembereich ergibt sich aus der Bestimmung des § 254 BGB, insbesondere aus der unscheinbaren Verweisung des § 254 Abs. 2 Satz 2: "Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."

I. Die Untersuchung eines mitwirkenden Verschuldens kommt überhaupt nur dann in Betracht, wenn die Schadensersatzpflicht eines Dritten feststeht. Für die weitere Darstellung wird daher das grundsätzliche Bestehen eines Schadensersatzanspruches des Kindes gegenüber einem dritten Schädiger vorausgesetzt. Auf den Charakter des Ersatzanspruches kommt es in diesem Zusammenhange nicht an. Es ist anerkannt, daß § 254 BGB auf alle Schadensersatzpflichtfälle Anwendung findet, mag sich der Anspruch aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder Gefährdungshaftung ergeben ²⁰⁾.

Im Rahmen dieser Arbeit leiten sich die Ersatzansprüche des Kindes praktisch ausschließlich aus einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit des Kindes her.

II. Das Problem der Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern ergibt sich nur bei einem Anspruch des Kindes aus eigenem Recht. Ausgeklammert bleiben daher grundsätzlich die Fälle, in denen die Eltern nicht als gesetzliche Vertreter die Ansprüche des Kindes selbst verfolgen, sondern aus eigenem Recht Ansprüche für Schäden geltend machen, die ihnen selbst aus der Verletzung des Kindes erwachsen sind, wie etwa

20) Staudinger-Werner, BGB § 254 Anm. 1b RN 4 - 13; Palandt-Danckelmann, BGB § 254 Anm. 1b; Soergel-Siebert-Schmidt, BGB § 254 RN 3 - 5.

Ansprüche auf Ersatz von Heilungskosten ²¹⁾, Ansprüche aus §§ 844 ff. BGB oder wegen eigener Gesundheitsschäden.

21) Zunächst ist zu betonen, daß ein Anspruch des Kindes selbst auf Ersatz der Heilungskosten nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß Eltern oder Verwandte die Kosten für eine Heilbehandlung auf Grund ihrer Unterhaltspflicht bezahlen müssen oder auch bezahlt haben. Aus dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB (vgl. dazu BGHZ 9, 179, 191; 13, 360, 364; 21, 112, 116; 22, 72, 74; NJW 1963, 1051), der von der Rechtsprechung schon frühzeitig auf alle Fälle der Schadensersatzpflicht ausgedehnt wurde (vgl. RGZ 65, 162, 163), ergibt sich, daß dem Schädiger die Leistungen Dritter nicht zugute kommen sollen, sondern daß das Kind seinen Ersatzanspruch in vollem Umfang behält, auch dann, wenn die Eltern die Heilungskosten schon bezahlt haben; so mit Recht die h.M., vgl. BGHZ 22., 72, 74 ff = NJW 1957, 138; ausdrücklich OLG Celle NJW 1962, 51; Palandt-Gramm § 843 Anm. 7; Soergel-Siebert-Schröder, BGB § 843 Anm. 33; RGRK (Kreft), BGB § 843 Anm. 16; Larenz, Schuldrecht II 6. A., § 69 I, im Gegensatz zu den Voraufügen; anders vor allem Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 248 III 2f; Erman-Drees, BGB § 843 Anm. 8; offenbar auch Esser, Schuldrecht § 63 Anm. 6d. Die Eltern werden daher zweckmäßigerweise Ersatz für die Heilungskosten immer im Namen des Kindes geltend machen.

Es kann hier nicht weiter verfolgt werden, ob den Eltern außerdem noch ein eigener Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Schädiger zusteht; so wahlweise für einen Anspruch aus beiden Instituten die Rspr. des RG, vgl. RGZ 53, 312; 65, 162; 132, 223; 138, 1, 2; ebenso Staudinger-Nipperdey, BGB § 677 Anm. 17; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl, BGB § 677 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann aaO § 248 III 2 f; RGRK (Denecke) BGB § 683 Anm. 2.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, soweit ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag bejaht wird; dieses Institut betrifft Fälle allgemeiner Menschenhilfe und wird durch eine solche Ausweitung denaturiert; den Eltern steht daher jedenfalls nur ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, und zwar aus dem Gesichtspunkt der unechten Solidarität; vgl. v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Rabel (1954) I S. 362, 374; Anm. NJW 1963, 1402, 1403; Esser, Schuldrecht § 184 Anm. 1e; etwas anders § 63 Anm. 6d; Heck, Schuldrecht § 120 Anm. 14.

Ob indessen überhaupt ein Anspruch der Eltern aus § 812 BGB zu bejahen ist, wenn dem verletzten Kind ein eigener Anspruch verblieben ist, ablehnend Larenz aaO § 69 I, und wie man eine Doppelbelastung des Schädigers vermeiden kann (es ist an den Einwand der Arglist zu denken; vgl. die Andeutung in RGZ 65, 162, 163), geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.

Die Frage der Zurechnung fremden Mitverschuldens taucht in diesem Zusammenhang nicht auf. Vielmehr entspricht es einer normalen Anwendung des § 254 BGB und ist anerkannten Rechts, daß sich die Eltern bei Ansprüchen aus eigenem Recht ein eigenes Mitverschulden unmittelbar nach § 254 BGB entgegenhalten lassen müssen.²²⁾

III. Die Frage der Zurechnung eines fremden mitwirkenden Verschuldens ergibt sich nur dann, wenn dem verletzten Kind nicht selbst ein Schuldvorwurf gemacht werden kann. In den anderen Fällen wird sein eigenes Mitverschulden unmittelbar nach § 254 BGB berücksichtigt.

Wenn auch über Inhalt und Tragweite des Verschuldensbegriffs in § 254 BGB weitgehende Differenzen bestehen²³⁾, so ist es doch heute praktisch einhel-

22) Vgl. Staudinger-Werner, BGB § 254 Anm. 41; Palandt-Gramm § 846 Anm. 1; Erman-Drees, BGB § 846 Anm. 1; ausführlich auch RGZ 55, 24, 29.

23) Die Bestimmung des Verschuldens in § 254 BGB bereitet gewisse Schwierigkeiten. Es ist vor allem umstritten, ob es den Verstoß gegen eine echte Rechtspflicht einschließt.

Die Rechtsprechung verneint die Verletzung einer echten Rechtspflicht wie bei aktiver Verantwortlichkeit und erblickt im Verschulden in § 254 BGB einen "Verstoß gegen die Gebote der Wahrnehmung des eigenen Interesses", ein "Verschulden gegen sich selbst" (im Anschluß an Zitelmann, Recht des BGB (1900) I S. 166 f); vgl. RGZ 52, 349; 100, 42, 44; 156, 193, 207; BGHZ 3, 46, 49; 34, 353, 363

Das Verschulden liegt ihr zufolge in der "Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt, die nach Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mensch anwendet, um sich tunlichst vor Schaden zu bewahren" (RGZ 100, 42, 44).

Dem § 254 BGB liegt nach der Rechtsprechung der Rechtsgedanke zugrunde, daß derjenige, der die erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, sich den Verlust oder die Kürzung eines Ersatzanspruches gefallen lassen muß. Es würde gegen Treu und Glauben und gegen den Grundsatz des "venire contra factum proprium" verstoßen, wenn jemand, der selbst in zurechenbarer Weise an der Entstehung eines Schadens mitgewirkt hat, ausschließlich den Schädiger zur Rechenschaft ziehen könnte, ohne zu berücksichtigen, daß er selbst einen Beitrag zur Schadensentstehung geleistet hat (vgl. RG und BGH aaO). Die in § 254 BGB enthaltene Ausprägung des Gedankens von Treu und Glauben wird gerade in jüngster Zeit von der Rechtsprechung wieder besonders hervorgehoben (vgl. BGHZ 34, 363).

Im gleichen Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst und der Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch die überwiegende Meinung in

lig anerkannt, daß Verschulden in § 254 BGB nur im Sinne eines zurechenbaren und vorwerfbaren Handelns aufgefaßt werden kann ²⁴⁾. Verschulden in § 254 BGB setzt also Zurechnungsfähigkeit voraus. Die Ermittlung und Abgrenzung des Verschuldens richtet sich nach den §§ 828 f, 276 BGB, d.h. nach den Grundsätzen

Fortsetzung der Fußnote 23) von Seite 7:

der Literatur, wobei die einzelnen Unterschiede hier nicht herausgearbeitet werden können; vgl. Larenz Schuldrecht I § 15 I (unter Aufgabe seines früheren Standpunktes, es handle sich bei dem Verschulden in § 254 immer um den Verstoß gegen eine echte Rechtspflicht); Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 16 I 3; Palandt-Danckelmann, BGB § 254 Anm. 2a; Erman, BGB § 254 Anm. 3b; Soergel-Siebert-Schmidt, BGB § 254 Anm. 17 ff; Reimer Schmidt, Obliegenheiten (1953) S. 106 ff; Dunz, Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschuldens, JZ 1961, 406; vermittelnd Esser, Schuldrecht § 64 I 3d, e, mehr im Sinne eines Verstoßes gegen eine echte Rechtspflicht; auch Staudinger-Werner, BGB § 254 Anm. 27, hebt den Gedanken einer allgemeinen Pflichtverletzung hervor, jedenfalls spricht er von einem "echten Verschulden im Rechtssinne"; ganz im Sinne eines Verstoßes gegen eine echte Rechtspflicht neuerdings Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960, S. 102 ff.

- 24) Vgl. Staudinger-Werner, BGB § 254 Anm. 30; Larenz, Schuldrecht I § 15 Ia; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 16 I 3a.

Die Ansicht Croles, System des Bürgerlichen Rechts I S. 497, Endemanns, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II S. 756 f. sowie Rümelins, AcP 90, 316, Verschulden in § 254 BGB sei im Sinne des normalen Sprachgebrauchs aufzufassen; "Er ist schuld = er hat etwas veranlaßt, verursacht", hat sich nicht durchgesetzt und steht auch im Widerspruch zum Gesetz.

Auf die ausdehnende Anwendung des § 254 BGB auf Fälle, in denen kein Verschulden, wohl aber ein zurechenbares Verhalten und ein gesetzlicher Verantwortungsgrund auf Seiten des Beschädigten vorliegen, wie etwa bei der Zurechnung der Betriebsgefahr, ist im Zusammenhang mit dem Verhalten von Kindern nicht einzugehen (vgl. dazu Esser aaO § 64 Anm. 3 und 5; Erman, BGB § 254 Anm. 3e; Soergel-Siebert-Schmidt, BGB § 254 Anm. 9; anders Staudinger-Werner, BGB § 254 Anm. 33).

der Deliktsfähigkeit und nicht der Geschäftsfähigkeit ²⁵⁾.

Bis zum vollendeten 7. Lebensjahr kann daher gem. § 828 Abs. 1 BGB einem Kind ein Vorwurf mitwirkenden Verschuldens nicht gemacht werden.

Zwischen 7 und 18 Jahren kommt es entsprechend § 828 Abs. 2 BGB auf die Einsichtsfähigkeit des Jugendlichen an. Dabei tritt an die Stelle der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht diejenige Einsicht, die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit des eigenen Verhaltens erforderlich ist. ²⁶⁾

Entsprechend § 828 Abs. 2 BGB ist zwischen der Einsichtsfähigkeit und dem Verschulden zu unterscheiden.

Die Einsichtsfähigkeit ist zu bejahen, "wenn ein Jugendlicher diejenige geistige Entwicklung erreicht hat, die ihn befähigt, das Unrechtmäßige seines Verhaltens und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die schädlichen Folgen seines Tuns einstehen zu müssen." ²⁷⁾

25) Seit RGZ 54, 407; 59, 221 bis BGHZ 34, 355, 366 ständige Rechtsprechung und heute auch in der Literatur unbestritten; vgl. Palandt-Danckelmann, BGB § 254 Anm. 2a; RGRK (Nastelski) § 254 Anm. 39; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht RN 482; nur für eine entsprechende Anwendung der §§ 828 ff etwa Planck-Siber, BGB § 254 Anm. 2b; Heck, Schuldrecht, § 13, 3.

26) Vgl. OGH BZ NJW 1950, 905;

unter Berücksichtigung dieses veränderten Blickpunktes sind die Grundsätze der Rechtsprechung zu der aktiven Verantwortlichkeit Jugendlicher in § 828 BGB heranzuziehen.

27) So der BGH in ständiger Rechtsprechung;

vgl. BGH VersR 1953, 28 = LM Nr. 1 zu § 828 BGB (der fünfzehnjährige Beklagte hat bei einer "Tomatenschlacht" dem neunjährigen Kläger ein Auge ausgeworfen. Der BGH verweist zurück, weil das Berufungsgericht nicht genügend zwischen Einsichtsfähigkeit und Verschulden unterschieden habe).

BGH VersR 1954, 118 = LM Nr. 2 zu § 828 BGB (ein siebenjähriger Junge hat einem gleichaltrigen Freund mit einer Gummischleuder ein Metallplättchen ins Auge geschossen; der BGH bejaht die Einsichtsfähigkeit);

BGH 17.5.1957 VersR 1957, 415 = VRS 13, 86 (der dreizehnjährige Beklagte hat beim Spielen auf einem Trümmergrundstück den sechsjährigen Kläger beim Lösen eines T-Trägers verletzt);

BGH VersR 1954, 221: Der neunjährige, geistig zurückgebliebene Kläger hat einen Hochspannungsmast der Beklagten erklettert und dabei Verbrennungen erlitten. Der BGH hob das klagstattgebende Urteil auf, weil der Kläger nicht die Vermutung widerlegt hatte, daß er das zur Erkenntnis der Verantwortlich-

Dabei ist nur ein allgemeines Verständnis erforderlich, daß die Handlung gefährlich ist und eine Verantwortung begründen kann. Die Vorstellung einer bestimmten Gefahr ist nicht Voraussetzung.²⁸⁾

Von dieser Einsichtsfähigkeit ist das Verschulden als zweites Element des § 828 Abs. 2 BGB zu unterscheiden. Der Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit, um die es hier allein geht, bezieht sich gem. § 276 BGB darauf, daß der Jugendliche die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit setzt voraus, daß der Jugendliche die Erkenntnis der konkreten Gefährlichkeit seines Verhaltens unter den gegebenen Umständen besitzt und daß ihm zugemutet werden kann, sich dieser Erkenntnis gemäß zu verhalten²⁹⁾.

Grundsätzlich gilt auch bei Jugendlichen der objektive Maßstab des § 276. Jedoch ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß bei der Festlegung dieses Maßstabes die typische Verschiedenheit ganzer Berufs- und Altersgruppen zu berücksichtigen ist. Von einem Jugendlichen wird nur ein Verhalten erwartet, das dem durchschnittlichen Entwicklungsstand und der Erfahrung eines Altersgenossen entspricht³⁰⁾.

Fortsetzung der Fußnote 27) von Seite 9:

keit erforderliche Bewußtsein der Gefährlichkeit des eigenen Verhaltens besaß;

BGH VersR 1962, 255: Ein achtjähriger Junge hat Papier vor einer Scheune angezündet; für die Einsichtsfähigkeit genügt die Erkenntnis, daß das Handeln irgendwelche Gefahren herbeiführen kann.

BGH VersR 62, 1088 (13. 7. 1962): Ein neunjähriger Junge hat beim Schießen mit Pfeil und Bogen einen Spielkameraden verletzt. Für die Einsichtsfähigkeit ist nur ein allgemeines Verständnis erforderlich, daß die Handlung gefährlich ist und eine Verantwortlichkeit begründen kann.

Vgl. schließlich BGHZ 39, 281 = NJW 1963, 1609 = VersR 1963, 953 = JZ 1964, 99: Bei einem Ritterspiel - Verteidigung und Angriff einer Spielburg - verletzte der zwölfjährige Beklagte den achtjährigen Kläger durch den Wurf eines Holzstücks. Der Beklagte wurde zwar nicht wegen Verschuldens haftpflichtig erklärt, wohl aber sprach der BGH aus, § 829 BGB sei auch in einem Fall anzuwenden, in dem eine Haftung nicht wegen fehlender Einsichtsfähigkeit, wohl aber wegen fehlenden Verschuldens ausgeschlossen sei. Kritisch zu dieser Rechtsprechung vgl. Deutsch, Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, JZ 1964, 86.

28) Vgl. die in Anm. 27 erwähnte Rechtsprechung, besonders die Entscheidung BGHZ 39, 281; kritisch dazu Deutsch aaO.

29) Vgl. BGH VersR 1953, 28; vor allem auch wieder BGHZ 39, 281.

30) BGH aaO.

IV. Bei der Untersuchung des § 254 BGB und der Verweisung auf § 278 BGB kann ein Streitpunkt als ausgetragen und geklärt aus der Arbeit ausgeklammert werden. Es ist nämlich nahezu unbestritten, daß aus der Stellung der Verweisung in Absatz 2 keine besonderen Schlüsse gezogen werden können. Die Verweisung bezieht sich also nicht nur auf die Fälle des Absatz 2, sondern auf den gesamten Inhalt des § 254 BGB. Sie ist so zu lesen, als ob es sich um einen selbständigen dritten Absatz handelte. ³¹⁾

V. Dagegen sind die eigentliche Bedeutung der Verweisung und die notwendigen Kriterien einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB seit Jahrzehnten streitig und bis in die jüngste Zeit Gegenstand der Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Schrifttum.

Angesichts der überragenden Bedeutung der Rechtsprechung im common law wird die folgende Darstellung auch im deutschen Recht die Entwicklung und die Ergebnisse der Rechtsprechung in stärkerem Maße als die Lösungsvorschläge der Literatur berücksichtigen.

§ 3

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

I. Das Reichsgericht hat sich bei der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens gegenüber kleinen Kindern eine beachtliche Zurückhaltung auferlegt.

In einer seiner ersten Entscheidungen ³²⁾ gewährte es bei der Verletzung

31) Ganz einhellige Meinung; vgl. Palandt-Danckelmann, BGB § 254 Anm. 4; Staudinger-Werner, BGB § 254 Anm. 60; Soergel-Siebert-Schmidt, BGB § 254 Anm. 53; RGRK (Nastelski) BGB § 254 Anm. 59; Erman, BGB § 254 Anm. 5a; Gernhuber, AcP 152, 69 Anm. 4; dies hat auch die Rechtsprechung des RG und BGH ständig vertreten; vgl. die unter Anm. 33 ff zitierten Entscheidungen des RG; der neuerliche Versuch Venzmers aaO S. 65 ff, 123 ff, die Verweisung entsprechend dem gesetzlichen Aufbau auf die Fälle des Abs. 2 zu beschränken, ist nicht überzeugend und abzulehnen.

32) RGZ 54, 409 (1903): Der Junge war unter die Pferde des Beklagten geraten, die durch das Vorbeiziehen einer Zigeunergruppe erschreckt wurden. Der Beklagte war dem Sohn auf Grund seiner Tierhalterhaftung verantwortlich.

In der vorausgegangenen Entscheidung RGZ 53, 312 war ein siebenjähriges Kind aus dem Garten des elterlichen Hauses in einen Dampfzug der Beklagten gerannt. Hier klagte der Vater als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes

eines sechsjährigen Jungen auf der Straße ohne Rücksicht auf ein etwaiges Mitverschulden des Vaters einen Ersatzanspruch.

Die wesentlichen Grundsätze des Reichsgerichts zu diesem Problemkreis gehen auf ein Urteil aus dem Jahre 1906 ³³⁾ zurück. In dieser grundlegenden Entscheidung wurde der Schadensersatzklage eines dreijährigen Mädchens stattgegeben, das aus dem fahrenden Zug der beklagten Eisenbahngesellschaft gestürzt war und sich dabei verletzt hatte, ohne daß ihm dabei das Aufsichtsverschulden der Mutter zu seinem Nachteil zugerechnet wurde.

Das Reichsgericht erklärte damals das Bestehen eines Schuldverhältnisses, einer vertraglichen Verbindlichkeit zwischen Schädiger und Geschädigtem als unabdingbare Voraussetzung für eine Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB. Eine solche besondere Rechtsbeziehung sei zwischen den Beteiligten einer unerlaubten Handlung vor Eintritt eines Schadens nicht vorhanden. Allenfalls im Rahmen der Pflicht des § 254 Abs. 2 BGB, einen bereits entstandenen Schaden abzuwenden oder zu mindern, könne von einem Schuldverhältnis gesprochen werden.

Eine Ausdehnung des § 254 auf jedes mitwirkende Verschulden von gesetzlichen Vertretern oder Hilfspersonen lasse sich auch nicht über eine nur entsprechende Anwendung des § 278 BGB rechtfertigen. Es fehle an der notwendigen Grundlage für eine Analogie; denn § 254 Abs. 1 habe keine echte Rechtspflicht, sondern nur eine Verpflichtung gegen sich selbst zum Inhalt.

Als wesentlichen Grund gegen eine unbeschränkte Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB hob das Gericht die auffallende Rechtsungleichheit zuungunsten des Geschädigten hervor, der dann nach § 278 BGB für das Verschulden seiner Hilfspersonen unbedingt einzutreten hätte, während der Schädiger nur nach § 831 BGB mit der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises haften müßte. Dieses Ergebnis widerspreche in hohem Maße der Gerechtigkeit und Billigkeit.

Erstaunlicherweise verneinte der Senat nach dieser allgemeinen Unterscheidung zwischen Schuldverhältnis und fehlender Sonderbeziehung eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens der Mutter, obwohl sich der Unfall doch im Rahmen

Fortsetzung der Fußnote 32) von Seite 17:

und zugleich im eigenen Namen aus Geschäftsführung ohne Auftrag auf Ersatz der Heilungskosten. Nicht einmal bei seinem eigenen Anspruch wurde dem Vater - entgegen den Grundsätzen, die oben in Anm. 21 niedergelegt wurden - sein Mitverschulden zugerechnet, weil er seinem Kind gegenüber für eine Verletzung der Aufsichtspflicht nicht haftbar sei (insofern eine etwas aus dem Rahmen fallende und zweifelhafte Entscheidung).

33) RGZ 62, 346.

eines Beförderungsvertrages ereignet hatte, den die Mutter mit der Bahn abgeschlossen hatte ³⁴⁾.

II. An dieser einschränkenden Auslegung des § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB hat das Reichsgericht konzessionslos festgehalten und die zunächst widerstrebenden Untergerichte mitgezogen ³⁵⁾. Das Vorliegen einer Verbindlichkeit oder von etwas "einer Verbindlichkeit Ähnlichem", wie es später bald hat genügen lassen ³⁶⁾, wurde als unabdingbare Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB nicht preisgegeben. Auch durch den nahezu einhelligen Widerstand des Schrifttums ³⁷⁾ ließ es sich nicht zu einer Änderung der Rechtsprechung bewegen.

Dabei behandeln aber die Entscheidungen des Reichsgerichts weitaus überwiegend mit der Haftung für Handlungen von Hilfspersonen nur die eine Seite des Problems ³⁸⁾. Die Verweisung auf § 278 BGB in § 254 BGB bringt hingegen zwei verschiedene Probleme und Interessenlagen in die Diskussion, indem sie das Ein-

34) Das Reichsgericht berücksichtigte vor allem noch nicht zum Nachteil des Kindes, daß seine Mutter zu seinen Gunsten einen Beförderungsvertrag abgeschlossen hatte.

Der Mutter wurde weder die Stellung eines gesetzlichen Vertreters - das war der Vater - noch die einer Hilfsperson des Kindes zugeschrieben, weil das Kind selbst mit der Bahn in keinen vertraglichen Beziehungen stünde.

Daß die Mutter wegen Verletzung ihrer vertraglich übernommenen Aufsichtspflicht möglicherweise einem Rückgriff der Beklagten ausgesetzt war, beeinträchtigte nicht den eigenen Ersatzanspruch des Kindes.

35) Vgl. etwa OLG Kiel SeuffA 65, 306; OLG Hamburg SeuffA 68, 46; weitere Nachweise bei Gernhuber, Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens, AcP 152 (1952/53) S. 69, 70 Anm. 2 sowie bei Lепенies, VersR 1951, 143 Anm. 17.

36) Seit RGZ 75, 257 ständig wiederkehrende Formel; vgl. auch unten Anm. 41 ff.

37) Schroeder, AcP 95 (1904), 298; Grünebaum, "Recht" 1908, 97; Hinze, JW 1908, 230; Przibilla, JW 1909, 179; Dungs, Gruchot 54, 537, 548 ff (1910); Josef, Thür. Bl. 61, 175 (1914); Ostwald, LZ 1923, 516; Meyer, "Recht" 1924, 508; Planck-Siber, BGB 4. A. 1914 § 254 Anm. 5; Staudinger-Werner, BGB 9. A. 1930 § 254 Anm. 2e; für die Rechtsprechung außer den Praxis-kommentaren vor allem Leonhard, Allg. Schuldrecht I 1929 S. 190 f.

38) Schon in RGZ 55, 316 war die Frage nach der Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen aufgetaucht. Ein vom Schiff des klägerischen Readers be-

stehenmüssen für Hilfspersonen und gesetzliche Vertreter in ihren Rechtsfolgen gleichsetzt 39).

Die Kritik und die Angriffe des Schrifttums richteten sich nun gleichfalls fast ausschließlich gegen eine Nichtanwendung des § 278 BGB im Bereich der Haftung für Hilfspersonen. Die Regelung des § 831 BGB, einem Geschäftsherrn für Handlungen seiner Hilfspersonen nicht das volle Risiko aufzubürden, sondern ihm den Entlastungsbeweis zu ermöglichen, wurde schon damals als ungerecht und unbillig empfunden. So versuchte das Schrifttum, wenigstens im Bereich des mitwirkenden Verschuldens über die entsprechende Anwendung des § 278 BGB

Fortsetzung der Fußnote 38) von Seite 13:

fördertes Wrack war durch vorschriftswidriges und zu schnelles Vorbeifahren des Schiffes des Beklagten zum Sinken gebracht worden. Das RG erachtete die dem Seerecht eigentümliche Haftung des Reeders für seine Schiffsbesatzung für ausreichend, um eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB zu rechtfertigen. Allerdings konnte im Ergebnis ein solches Verschulden der Mannschaft des Schiffes des Klägers nicht festgestellt werden.

Die Entscheidung RGZ 62, 106 wird häufig als Widerspruch zu RGZ 62, 346 (oben Anm. 33) angesehen - zu Unrecht; aus der Formulierung der Urteilsgründe mag ein solcher Schluß gezogen werden; der Sache nach handelte es sich um einen Schadenseintritt innerhalb einer vertraglichen Beziehung, so daß die Anwendung des § 278 BGB gerechtfertigt war. Beim Übersetzen des Pferdewerks des Klägers über einen Fluß auf der Fähre des Beklagten stürzten die Pferde mitsamt dem Wagen infolge des Verschuldens des Kutschers des Klägers und der Fährleute des Beklagten in den Fluß. Bei der Abweisung der Klage berücksichtigte das Gericht konsequent nach § 278 BGB nur das Verschulden des Kutschers des Klägers, nicht aber das der Hilfspersonen des Beklagten. Insofern sind die Ausführungen des RG in RGZ 62, 346 (oben Anm. 33) über die Gleichheit der Haftungslage berechtigt.

Die weiteren Entscheidungen des RG zum Entstehenmüssen für Hilfspersonen finden sich unten in den Am. 43 ff.

- 39) Diese Unterscheidung der beiden Interessenlagen hat das Reichsgericht ausdrücklich nie vollzogen. Daher rührt das Bemühen, insbes. Essers JZ 1952, 257 in jüngster Zeit, die "Amalgamierung der Gerechtigkeitsforderungen mit den umstrittenen Konstruktionen" zu trennen und sich auf das Wesen der Interessenlage neu zu besinnen.

Auch diese Arbeit hat sich im wesentlichen diese Aufgabe gesetzt.

eine umfassende Haftung für Hilfspersonen durchzusetzen⁴⁰⁾. Der Rechtsprechung wurde vorgeworfen, sie lasse es zu einer unbilligen Ungleichheit zuungunsten des Schädigers kommen, da er unter Umständen noch für das schuldhafte Handeln der Hilfspersonen des Beschädigten einzustehen habe. Eine entsprechende Anwendung des § 831 BGB aber sei wegen der Möglichkeit des Entlastungsbeweises ungerecht und außerdem durch den Wortlaut der Verweisung ausgeschlossen. Daher rührt auch der Vorwurf eines falschen Verständnisses der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB. Im Rahmen des § 254 BGB könne an die Stelle der Verbindlichkeit nur der Verstoß gegen die allgemeinen Gebote der Wahrnehmung des eigenen Interesses treten. Auch sei eine klare Abgrenzung der Fälle des Abs. 1 und 2 nicht möglich.

Dem Verlangen nach Gleichheit der Rechtsanwendung hat das Reichsgericht schon bald dadurch Rechnung getragen, daß es der Verweisung in § 254 BGB den allgemeinen Rechtsgedanken des Entstehenmüssens für fremdes Verschulden entnahm und daher eine entsprechende Anwendung des § 831 BGB anerkannte⁴¹⁾.

Darüber hinaus prallten jedoch die Angriffe des Schrifttums fast resonanzlos an der gefestigten Rechtsprechung ab⁴²⁾. Das Reichsgericht ließ sich durch nichts davon abbringen, das Bestehen einer Verbindlichkeit oder von etwas einer Verbindlichkeit Ähnlichem als Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung

40) So besonders deutlich Przibilla aaO, Meyer aaO (oben Anm. 37).

Die bis in die jüngste Zeit als unzutreffend empfundene Norm des § 831 BGB wird wohl in absehbarer Zeit im Sinne eines Entstehenmüssens des Geschäftsherrn für verschuldete Handlungen seiner Hilfspersonen geändert werden; vgl. unten Anm. 69.

41) Seit RGZ 77, 211 ständige Rechtsprechung: Klage eines Mannes für den Tod seiner Frau, deren Kutscher einen Unfall mit der Straßenbahn der Beklagten verursacht hatte. Das stattgebende Urteil wurde aufgehoben, weil das Berufungsgericht nicht die Möglichkeit einer Zurechnung des Verschuldens des Kutschers über § 831 BGB gegenüber der verstorbenen Frau und damit gegenüber dem Mann gemäß § 846 BGB berücksichtigt hatte.

Angedeutet ist diese Möglichkeit schon in RGZ 75, 257, 259, wo der Kl. offenbar seinen Sohn zum Fahrer eines Pferdefuhrwerks bestellt hatte und der Sohn und der Beklagte schuldhaft den Schaden an dem Fahrzeug mitverursacht hatten.

42) Gernhuber aaO (Anm. 31) S. 71 weist darauf hin, daß bei der Neubildung des VI. Senats, der für fast alle Entscheidungen zu §§ 254, 278 BGB zuständig war, und bei dem Bekenntnis eines ausgeschiedenen Mitglieds (Meyer aaO, Anm. 37) für die Ansicht der Literatur im Jahre 1924 Hoffnung auf eine Änderung der Rechtsprechung bestand. Diese Hoffnung hat sich aber nicht erfüllt.

des § 278 BGB aufzugeben ⁴³⁾.

Dagegen wurden weiterhin die Diligenzpflichten des § 254 Abs. 2 BGB, nach Entstehung eines Schadens zu seiner Abwendung oder Minderung beizutragen, als ausreichende Grundlage für die Anwendung des § 278 BGB anerkannt ⁴⁴⁾.

43) In den folgenden Entscheidungen findet sich eine Bestätigung der Grundsätze der Rechtsprechung; es handelt sich um Fälle, in denen kleine Kinder nicht beteiligt sind, in denen es vielmehr um das Verhalten von Hilfspersonen geht. Überall wird die grundsätzliche Unterscheidung anerkannt: Schuldverhältnis: § 278 BGB; keine Rechtsbeziehung vor Schadenseintritt: § 831 BGB.

In RGZ 79, 312, 319 sind zwei Kraftfahrzeuge durch Verschulden der beiden angestellten Fahrer zusammengestoßen.

RGZ 91, 134, 138: Klage eines Mannes gegen den Träger eines Krankenhauses, weil seine Frau wegen mangelnder Aufsicht aus dem Fenster des Krankenhauses springen konnte.

RGZ 119, 152, 155 hatte zu klären, ob das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausreicht, um eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB zu rechtfertigen. Vor Eintritt des schädigenden Ereignisses wurde indessen das Vorliegen besonderer Rechtspflichten verneint.

In RGZ 140, 1, 7 mußte sich der Kläger bei seiner Klage gegen zwei Anwälte wegen schlechter Prozeßführung ein Verschulden seines früheren Anwalts nicht entgegenhalten lassen; vor Beauftragung bestand keine Verbindlichkeit.

In RG JW 1934, 1642 klagte der Vater, der bei einem Unfall auf dem Rücksitz des Motorrads seines Sohnes verletzt worden war. Eine Zurechnung dessen Verschuldens kam bei dem väterlichen Anspruch nicht in Frage.

RGZ 164, 264, 269 (1940) bestätigt bei dem Zusammenstoß eines Motorradfahrers (Kläger) mit einem von dem Angestellten des Beklagten gesteuerten Pkw die Anwendung des § 831 BGB.

44) In RGZ 138, 114, 117 = JW 1933, 1188 führt bei der Klage eines Landkreises gegen den Preußischen Staat wegen Amtspflichtverletzung eines Grundbuchrichters das mitwirkende Verschulden eines Beamten des kl. Landkreises zu einer Klagabweisung. Mit der falschen Eintragung sei eine gefährliche Lage geschaffen worden, welche entsprechend § 254 Abs. 2 BGB eine Pflicht zur Abwendung des Schadens begründe und damit zwischen den Beteiligten eine Rechtsbeziehung schaffe, die zu einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB ausreiche.

Bei ähnlichem Sachverhalt werden diese Grundsätze in RGZ 141, 353, 356 = JW 1933, 2643 erneut bekräftigt. Auch für das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel reicht die Pflicht zur Schadensminderung oder -abwendung

III. Verhältnismäßig selten indessen - im Vergleich zu den Fällen, in denen Hilfspersonen beteiligt waren - hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem das Mitverschulden einer Aufsichtsperson bei der Verletzung eines Kindes eine Rolle spielte. Die Rechtsprechung schien hier unter allen Umständen eine Zurechnung vermeiden zu wollen ⁴⁵⁾.

Fortsetzung der Fußnote 44) von Seite 16:

aus § 254 Abs. 2 BGB ohne nähere Prüfung für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB und damit für eine Zurechnung aus.

So muß sich in RG JW 1935, 3530 das Mündel bei seiner Klage wegen Amtspflichtverletzung eines Vormundschaftsrichters, der durch eine falsche Eintragung im Grundbuch einen Rangverlust verursacht hatte, wegen des Verschuldens eines Vormunds mit der Hälfte des Schadensersatzes begnügen, weil von dem Zeitpunkt der falschen Eintragung an Rechtspflichten zur Schadensabwendung begründet seien, die über § 278 BGB zu einer Zurechnung des Verschuldens des gesetzlichen Vertreters führen.

In RG JW 1939, 155 nimmt der Kläger das Deutsche Reich für ein Verschulden des Vormundschaftsgerichts in Anspruch, das nicht dafür gesorgt habe, daß sein Vormund 6.000 RM Kriegsanleihe rechtzeitig zur Aufwertung angemeldet habe. Trotz des Verschuldens des Vormundschaftsrichters muß sich der Kläger das Verschulden seines Vormunds bei der Abwendung des drohenden Schadens über § 254 Abs. 2 BGB entgehen lassen.

In RGZ 156, 193, 205 = JW 1938, 176 wird ein Urteil zugunsten eines achtjährigen Jungen, der von dem Lastwagen des Beklagten überfahren und verletzt wurde, teilweise aufgehoben, weil nicht eindeutig geklärt war, inwieweit der Vater des Klägers den Schaden durch die Unterlassung einer ordentlichen ärztlichen Behandlung verschlimmert hatte. Nach Entstehung des Schadens sei der Vater über § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet gewesen, den Schaden zu mindern, und diese Rechtsbeziehung genüge für eine Zurechnung. Es liege auch kein innerer Grund vor, einen Minderjährigen, der durch eine unerlaubte Handlung verletzt worden sei, nach Entstehung des Schadens anders zu behandeln als einen normalen Menschen.

- 45) RG JW 1913, 922 behandelt die Verletzung eines dreijährigen Kindes, das auf dem Feld durch die Mähmaschine des Beklagten überfahren wurde. Die Mutter des Klägers war als landwirtschaftliche Arbeiterin in der Ernte bei dem Beklagten beschäftigt und hatte ihr Kind mit auf den Acker genommen. Entgegen dem Vordergericht wurde dem Kind die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht durch seine Mutter nicht zugerechnet. Ihr wurde nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zugewilligt. Denn gesetzliche Vertretung bedeute nur rechtsgeschäftliche Vertretung, sei aber nicht auf jede Art tatsächli-

Vor allem ließ sie lange Zeit einen Vertrag, der möglicherweise eine Schutzwirkung und Begünstigung für das Kind enthielt, sich nicht zu Lasten des Kindes auswirken ⁴⁶⁾.

Erst im Jahre 1935 ⁴⁷⁾ ist ein kleiner Einbruch in die strengen Grundsätze der Zurechnung festzustellen, als das Reichsgericht bei der Verletzung eines neunjährigen Mädchens während einer Dampferfahrt den Beförderungsvertrag als

Fortsetzung der Fußnote 45) von Seite 17:

cher Aufsicht oder Vertretung auszudehnen.

RGZ 121, 114, 118 hat eine Amtshaftungsklage eines Kindes wegen des Verschuldens eines Vormundschaftsrichters bei seiner Adoption zum Inhalt. Die Berufung des beklagten Landes auf das Verschulden des Vormunds, der das Vorhandensein weiterer Abkömmlinge verschwiegen hatte, hatte keinen Erfolg. Mangels einer bestehenden Rechtsbeziehung war § 278 BGB nicht heranzuziehen, und über § 831 wäre das Kind für die unerlaubte Handlung eines gesetzlichen Vertreters haftbar gemacht worden.

- 46) Vgl. schon die Entscheidung RGZ 62, 346 (oben Anm. 33), wo der Beförderungsvertrag zugunsten des Kindes nicht zu seiner Benachteiligung führte. Auch in RG JW 1920, 965, als ein kleines Kind aus dem Zug der beklagten Eisenbahngesellschaft gefallen war und sich verletzt hatte - der Sachverhalt läßt sich aus der Anm. von Landsberg S. 965 schließen -, verneinte das Gericht bei der Klage aus dem Reichshaftpflichtgesetz das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses und damit die Möglichkeit einer Zurechnung des elterlichen Aufsichtsverschuldens.

Auch bei Dienstverträgen, die unter Umständen zugleich eine Schutzwirkung zugunsten des Kindes äußern, wird diese Wirkung nicht in ihr Gegenteil verkehrt; vgl. die Entscheidung RG JW 1913, 922 (vorige Anm.). So wurde auch in RG JW 1919, 820 bei der Klage eines 2 1/2jährigen Kindes wegen Verletzungen, die es durch einen Grasmäher der beklagten Gutsbesitzerin erlitten hatte, ein etwaiges Aufsichtsverschulden der Mutter, die als landwirtschaftliche Aushilfsarbeiterin bei der Ernte half, überhaupt nicht in Erwägung gezogen, obwohl die Klage auf Verletzung der dienstvertraglichen Schutz- und Aufsichtspflichten gestützt wurde.

Überhaupt ist das RG sehr zurückhaltend mit der Annahme eines Vertrages mit Auswirkungen auf Dritte; vgl. etwa RG LZ 1923, 106 und Ostwald, LZ 1923, 516.

- 47) RGZ 149, 6: Das Mädchen geriet mit der Hand bei der Durchfahrt durch eine Schleuse zwischen das Schiff und die Wand, so daß die Hand abgenommen werden mußte. Es entspreche dem Rechtsgefühl, daß die Mutter bei der Aufsicht über das Kind an Stelle des gesetzlichen Vertreters handle, der seine Aufsichtspflicht auf die Mutter übertragen habe.

ausreichende Grundlage für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB gelten ließ und die begleitende Mutter als gesetzliche Vertreterin qualifizierte.

Dagegen schlug es bei der Verletzung eines sechsjährigen Mädchens durch Explosion einer Gewehrgranate nicht zum Nachteil des Kindes aus, daß die Mutter der Klägerin mit der beklagten Stadt einen Dienstvertrag abgeschlossen hatte und in diesem Rahmen auf ihr Kind nicht sorgfältig genug aufgepaßt hatte⁴⁸⁾.

§ 4

Die Rechtsprechung des BGH

I. Der Bundesgerichtshof hat gleich zu Beginn bei der Verletzung eines achtjährigen Jungen auf der Straße⁴⁹⁾, den sein Vater nicht genügend beaufsichtigt hatte, die Gelegenheit wahrgenommen, die Grundsätze der Rechtsprechung des RG zu bestätigen und zu betonen, eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB setze eine Verbindlichkeit oder etwa "einer Verbindlichkeit Ähnliches" voraus. Die Zurechnung des elterlichen Verschuldens dürfe nicht zu einem Verstoß gegen den allgemeinen Grundsatz führen; Natürliche Personen haften nicht für die unerlaubten Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter.

Schon in Band 3, 46⁵⁰⁾ sind aber gewisse Einschränkungen der strengen

48) RGZ 159, 283, 292 (1939): Die Mutter hatte, während sie als Putzfrau in den Schulräumen der beklagten Stadt arbeitete, ihr Kind mitgenommen, aber ohne Aufsicht gelassen und deshalb nicht bemerkt, daß ihr Kind eine Gewehrgranate fand und mit nach Hause nahm, wo die Granate explodierte.

Die Klage des Kindes beruhte nicht auf Vertragsverletzung, sondern auf Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, wobei die Beklagte den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB für ihre Angestellten, darunter auch die Mutter der Klägerin, nicht führen konnte.

49) BGHZ 1, 248, 250 = NJW 1951, 477.

Dem Schädiger stehe gegenüber dem Anspruch des Kindes aus unerlaubter Handlung nicht der Einwand offen, auch das Verhalten eines Dritten habe zum Unfall beigetragen. Das Kind müsse sich vielmehr die Stelle aussuchen können, wo es seinen Schadensersatzanspruch zunächst durchsetze. Der Schädiger sei auf den Rückgriffsanspruch gegen den Aufsichtspflichtigen beschränkt.

50) BGHZ 3, 46, 48 = JZ 1951, 749 m. Anm. Lehmann; Der Kläger hatte das beklagte Unternehmen 1945 mit einem Möbeltransport beauftragt, den ein Angestellter des Bekl. und die Ehefrau des Klägers begleiteten. Bei dem Transport entstand ein Brand, der gelöscht werden konnte; auf Drängen der

Grundsätze des Reichsgerichts erkennbar. Der BGH ließ es für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB genügen, daß sich der Geschädigte innerhalb eines Vertragsverhältnisses einer Hilfsperson nicht zur Erfüllung einer echten Leistungspflicht, sondern nur zur Wahrung seiner eigenen Belange in Ansehung des Vertragsgegenstandes bedient. Damit war die Wahrnehmung einer Obliegenheit, allerdings im Rahmen eines Vertrages, als ausreichend für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB anerkannt.

Auch in anderer Richtung hat die Rechtsprechung des BGH die einschränkende Praxis des Reichsgerichts aufgegeben. Durch eine beachtliche Ausweitung des Instituts des Vertrages zugunsten Dritter ist er oft in Fällen zu der Annahme eines Schuldverhältnisses und damit zur Anwendung des § 278 BGB gelangt, in denen das Reichsgericht keine Vertragsbeziehungen angenommen hatte.⁵¹⁾

Während noch in BGHZ 5, 378⁵²⁾ das Bestehen eines Mietverhältnisses zwischen den Eltern eines verletzten Kindes und den beklagten Hauseigentümern nicht unbedingt zum Nachteil des Kindes ausgelegt wurde, ist seit der Entschei-

Fortsetzung der Fußnote 50) von Seite 19:

Ehefrau des Kl. setzte der Beklagte jedoch die Fahrt fort. Bei einem neuen Ausbruch des Feuers verbrannte der größte Teil des Hausrats. Der Kläger mußte sich eine Minderung seines Schadensersatzanspruchs zu einem Drittel gefallen lassen.

- 51) Kritisch dazu Gernhuber, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, in Festschrift für Nikisch (1958) S. 249 ff; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift für den Deutschen Juristentag II (1960) S. 56 f.
- 52) = NJW 1952, 1050 = VersR 1952, 240: Die achtjährige Klägerin ist infolge der Schadhaftigkeit des Treppengeländers im Hause der Beklagten vom ersten Stock auf die Kellertreppe gestürzt. Der beklagte Ehemann haftete auf Grund Verkehrssicherungspflicht - er konnte sich auf ein mitwirkendes Verschulden der Eltern nicht berufen -, während auch hier schon für das Ausmaß der vertraglichen Haftung der Frau als Hauseigentümerin das Aufsichtverschulden der Eltern als bedeutungsvoll erklärt wurde, und zwar auf Grund des Mietvertrages. Nicht aber wegen § 254 Abs. 2 BGB, denn vor der schädigenden Einwirkung auf den Körper des Kindes könne von der Abwendung eines drohenden Schadens nicht gesprochen und damit auch kein Schuldverhältnis angenommen werden.

dung BGHZ 9, 316 ⁵³⁾ das Vorhandensein eines Vertrages mit Schutzwirkung für das Kind als ausreichende Grundlage für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB anerkannt. Ein vierjähriger Junge, der in Begleitung seiner Mutter im Zug der beklagten Eisenbahngesellschaft reiste und beim Spielen an dem Türschloß hinausstürzte, mußte sich dabei bei seinem Anspruch das Aufsichtsverschulden seiner Mutter anrechnen lassen. Die Obliegenheit des Kindes, sich vor Schaden zu bewahren, habe innerhalb des Beförderungsvertrages wegen dessen fehlender Verantwortlichkeit die Mutter übernehmen müssen. Dabei habe die Mutter in Erfüllung ihrer gesetzlichen Fürsorge- und Aufsichtspflicht gehandelt; ihre Stellung sei daher der eines gesetzlichen Vertreters gleichzusetzen.

Diese Ausdehnung der Annahme vertragsähnlicher Beziehungen auf Verträge mit Schutzwirkung zugunsten des Kindes ⁵⁴⁾ wurde in der Rechtsprechung des BGH weiter fortgesetzt.

So mußte sich ein kleines Kind wegen des Mietvertrages seiner Eltern eine Kürzung seines Ersatzanspruches gefallen lassen ⁵⁵⁾, und ein sechsjähriges Mäd-

53) 29.4.53 (VI) = NJW 1953, 977 = MdR 1953, 539 = VersR 1953, 243:

Der Beförderungsvertrag, dessen Partei das Kind nicht sein konnte, äußerte nach Ansicht des Gerichts zumindest Schutzwirkungen zugunsten des Kindes, und das genügte für die Annahme eines vertragsähnlichen Verhältnisses. Es spielte nach Ansicht des BGH auch keine Rolle, welche Anspruchsgrundlage - hier Reichshaftpflichtgesetz - der Kläger seiner Klage zugrunde legte, wenn nur nach den vorgetragenen Tatsachen auch ein Vertragsverhältnis in Frage kam.

54) Vgl. auch das Urteil des LG Düsseldorf VersR 1952, 263: Der einjährige Kläger wohnte mit seinen Eltern im Haus des Beklagten zur Miete, der im Erdgeschoß des Hauses eine Drogerie betrieb. Während die Mutter im umbauten Hinterhof Wäsche aufhängte, spielte der Kläger an einem dort aufgehängten Ballon mit Salmiakgeist des Beklagten und wurde dabei von einem Strahl der Säure getroffen. Seine Schadensersatzklage hatte nur zu einem Drittel Erfolg, im übrigen führte die Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des Mietvertrages zu einer Zurechnung des Verschuldens der Mutter, die in Kenntnis der Gefährlichkeit des Hofes den Kläger nicht aus den Augen hätte lassen dürfen. Die Mutter wurde zugleich als gesetzliche Vertreterin des Kindes angesehen - nur das entspreche der natürlichen Lebensauffassung.

55) BGH 8.5.54 (VI) VersR 1954, 324 = LM Nr. 1 zu § 536 BGB: Die fünfzehn Monate alte Klägerin stürzte durch ein Loch in einem Speicher, der teilweise an die Eltern der Klägerin vermietet war, jedenfalls aber von dem vermieteten Teil aus zugänglich war. Die Schutzwirkung des Mietvertrages wurde auf das Kind ausgedehnt - obwohl der Beklagte nur wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch genommen wurde. Damit war aber die Möglich-

chen, das im Hof des elterlichen Hauses durch den Einsturz einer Garagenmauer Verletzungen erlitten hatte, konnte von dem beklagten Bauunternehmer nicht den vollen Schaden ersetzt verlangen, weil es sich im Rahmen des von ihrem Vater als Bauherrn abgeschlossenen Werkvertrages das Verschulden des ausführenden Architekten - als des Erfüllungsgehilfen des Vaters als gesetzlichen Vertreters! - zurechnen lassen mußte ⁵⁶⁾.

Einen vorläufigen Höhepunkt erreichte diese Entwicklung in einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1959 ⁵⁷⁾, als er über die Klage eines zweijährigen Jungen gegen einen Bauunternehmer zu entscheiden hatte. Der Kläger war in dem Vorgarten des Hauses, in dem seine Eltern zur Miete wohnten, in ein durch einen Lattenzaun abgeschirmtes Loch gefallen, das der Beklagte bei Reparaturarbeiten an dem Haus ausgehoben hatte. Der BGH erachtete es nicht für ausgeschlossen, daß dieser Werkvertrag mit der Hauseigentümerin und Vermieterin Schutzwirkungen zugunsten der Mieter, also auch des Klägers, äußerte. Damit war aber eine vertragsähnliche Beziehung gegeben, die für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB ausreichte und zu einer Berücksichtigung des Aufsichtsverschuldens der Mutter des Klägers führen konnte ⁵⁸⁾.

Fortsetzung der Fußnote 55, von Seite 21:

keit einer Zurechnung gegeben, das stattgebende Vorurteil wurde aufgehoben und zurückverwiesen.

56) BGH (VI) 8.5.56, LM Nr. 2 (E) § 254 BGB = VersR 1956, 500 = Mdr 1956, 534 m. Anm. Rötlemann; dem Werkunternehmer habe die Pflicht obgelegen, den Bau so auszuführen, daß weder für den Vertragspartner noch für dessen Familienangehörige eine Gefährdung eintrete. Die Einbeziehung der Klägerin in den geschützten Vertragsbereich bringe es mit sich, daß sie sich auch die damit verbundenen Rechtsnachteile gefallen lassen müsse - Anrechnung des Mitverschuldens des gesetzlichen Vertreters und dessen Erfüllungsgehilfen!

57) BGH (VI) 29.9.59, VersR 1959, 1009 = FamRZ 1960, 19; eine Rechtsbeziehung zwischen Kläger und Beklagtem konnte allerdings nicht daraus hergeleitet werden, daß der bekl. Unternehmer unter Umständen als Erfüllungsgehilfe der Hauseigentümerin anzusehen war. Dieser Umstand sage über die Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem nichts aus.

58) Immerhin hielt der BGH eine hinreichende rechtliche und tatsächliche Beziehung zwischen der Ausführung des Werkvertrages und dem Mietvertrag für notwendig. Zur Klärung dieser Frage wurde die Klage an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Bis in die jüngste Zeit hat der BGH über die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter den § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB angewendet ⁵⁹⁾, und es ist auch in absehbarer Zeit nicht an eine Änderung der Rechtsprechung zu denken.

Eigentümlich an dieser Rechtsprechung ist vor allem, daß sich die so häufig betonte Schutzwirkung solcher Verträge in diesen Fällen nicht zugunsten des Kindes auswirkt, sondern nur zu seinem Nachteil ⁶⁰⁾.

II. Die Rechtsprechung des BGH hat auch hinsichtlich des Umfangs der gesetzlichen Vertretung und des dazu gehörenden Personenkreises eine Ausdehnung erfahren.

Während sich in einem Urteil aus dem Jahre 1955 ⁶¹⁾ - eigentlich zum ersten Mal - eine Differenzierung zwischen den beiden Fallgruppen des § 278 BGB zeigt und die Vernachlässigung der Obhutspflicht nicht als eine Ausübung der gesetzlichen Vertretung gewertet wird, erweitert der BGH in Band 24, 325 ⁶²⁾ den

59) In BGH VersR 1962, 325 findet sich eine Bestätigung der Rechtsprechung zum Beförderungsvertrag. Ein dreijähriges Kind, das aus einem Zug gefallen ist, muß sich bei seinem Ersatzanspruch gegen die Bahn eine Kürzung um 1/4 gefallen lassen, weil sein Vater sich vor Antritt der Fahrt nicht von dem Schließen der Zugtüre überzeugt hatte. Der Beförderungsvertrag zugunsten des Kindes genügt für die Annahme eines Schuldverhältnisses und führt damit im Ergebnis zu einer Benachteiligung.

60) Vgl. dazu Gernhuber aaO (Anm. 51) S. 254 Anm. 11; Medicus, NJW 1962, 2081.

61) BGH (VI) LM Nr. 6 (Cg) zu § 276 BGB = JZ 1955, 453: Der vierjährige Kläger ist zusammen mit seiner Mutter nachts im Auto des Mannes der Beklagten abgeholt und "entführt" worden. Es kam zu einem Unfall, wobei der Kläger schwere Verletzungen erlitt und der Mann der Beklagten tödlich verletzt wurde. Das Verschulden der Mutter konnte hier dem Ersatzanspruch des Klägers und seines Vaters gegen die Beklagte als Erbin des Mannes nicht entgegengehalten werden, weil sie nach Ansicht des Gerichts nicht in Ausübung der gesetzlichen Vertretung gehandelt hatte, ja nicht einmal dazu bevollmächtigt war. Mit der gesetzlichen Vertretung habe die Obhutspflicht über das Kind nichts zu tun!

62) BGH (VI) 28.5.57 = VersR 57, 455 = JZ 1957, 474 = VRS 13, 83 = LM Nr. 5 (Ea) zu § 254 BGB m. Anm. Hauß.

Der Angestellte des Jugendamtes hielt sich im Waschraum auf, während der Kläger (acht Jahre alt) aus dem fahrenden Zug stürzte. Die Eltern waren mit der Ferienverschickung einverstanden. Den Schutzwirkungen des Beförderungsvertrages entsprächen Obliegenheiten des Klägers, sich vor Schaden zu bewah-

Kreis der Personen, deren Verschulden dem Kind zugerechnet wird, auf alle, denen die Aufsicht über ein Kind anvertraut ist. Dabei neigt er allerdings dazu, das Aufsichtsverschulden des Angestellten eines Jugendamtes, der bei einer Ferienverschickung den Transport der Kinder begleitete und im Zug aufzupassen hatte, nicht wegen dessen Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter anzurechnen, sondern ihn als Erfüllungsgehilfen des Kindes hinsichtlich der Obliegenheit gegenüber der Bahn, sich vor Schaden zu bewahren, anzusehen.

In einer jüngeren Entscheidung wird hingegen wieder unterschieden zwischen gesetzlicher Vertretung und Ausübung der tatsächlichen Aufsicht und Obhut über das Kind ⁶³⁾.

III. In dem entscheidenden Punkt hat der BGH indessen die Rechtsprechung des Reichsgerichts konstant fortgesetzt. In praktisch allen seinen Entscheidungen ⁶⁴⁾ hat er - entgegen der Kritik des Schrifttums - unbeirrt daran festgehalten, die entsprechende Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB setze ein Schuldverhältnis oder wenigstens eine schuldrechtsähnliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus.

Außerhalb einer solchen Sonderverbindung hat der BGH daher regelmäßig die Möglichkeit einer Zurechnung des Aufsichtsverschuldens gegenüber dem kleinen Kind verneint ⁶⁵⁾. Diese Rechtsprechung ist bis in die jüngste Zeit beibehal-

Fortsetzung der Fußnote 62) von Seite 23:

ren, insoweit bediene er sich in seinem Rechtskreis eines Erfüllungsgehilfen. Das Risiko der Beaufsichtigung könne er nicht einfach auf die beklagte Bahn überwälzen.

63) BGH 31.3.60 (III) NJW 1961, 20 m. Anm. Schuster, NJW 1961, 557 = JZ 1962, 283 m. Anm. Zeiss; bei der Klage eines Mündels aus § 839 BGB wegen Amtspflichtverletzung eines Vormundschaftsrichters muß es sich das Verschulden seines Pflegers nicht anrechnen lassen, der jahrzehntelang die Einkünfte des Mündels veruntreut hat; denn bei der Unterschlagung habe der Pfleger nicht als gesetzlicher Vertreter gehandelt.

64) Vgl. die seit Anm. 48 ff aufgeführten Entscheidungen und auch die folgenden. Zur Kritik der Lehre vgl. unten § 5.

65) Vgl. BGH 21.5.52 (III) VRS 4, 321; Ein zehnjähriges Mädchen, das nachts auf der Landstraße eingehakt neben seiner Mutter lief, ist vom Beklagten angefahren worden. Ein eigenes Verschulden des Mädchens wurde verneint, weil es sich auf seine Mutter verlassen durfte, und eine Zurechnung des mütterlichen Verschuldens kam nicht in Frage.

In BGH 22.10.57, VersR 1957, 790 hat ein zwölfjähriger Junge, der in einem Bunker abgestürzt war, mit seiner Klage gegen die Bundesrepublik wegen Ver-

ten worden 66), und die fest etablierten und ständig wiederholten Grundsätze zu diesem Problemkreis dürften auch in absehbarer Zeit nicht aufgegeben werden. Insgesamt läßt sich aber nicht verkennen, daß die Rechtsprechung des BGH trotz des äußerlichen Festhaltens an den vom Reichsgericht entwickelten Grundsätzen den Bereich des Entstehenmüssens für fremdes mitwirkendes Verschulden ziemlich ausgedehnt und erweitert hat und in manchen Punkten die Zurückhaltung gegenüber einer Zurechnung des Aufsichtsverschuldens im Verhältnis zu kleinen Kindern aufgegeben hat.

Die weite Auslegung des Instituts der gesetzlichen Vertretung sowie vor allem die großzügige Anwendung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haben häufiger als früher zu einer Benachteiligung des Kindes unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung des Verschuldens einer Aufsichtsperson geführt.

Fortsetzung der Fußnote 65) von Seite 24:

letzung der Verkehrssicherungspflicht nur zu 3/5 Erfolg, weil ihm selbst ein Schuldvorwurf gemacht werden konnte. Eine Zurechnung des elterlichen Verschuldens kam dagegen nicht in Frage.

Vgl. auch die Entscheidungen der OLGs; Düsseldorf 20.1.49, VRS 1, 41 (siebenjähriges Kind auf der Straße verletzt, zu 1/6 selbst schuld); Hamm, VersR 1951, 56 (15 Monate altes Kind auf der Straße überfahren); Tübingen, VersR 1953, 213 (Verletzung eines fünfjährigen Kindes auf der Straße - keine Zurechnung).

66) In BGH 29.5.62 VersR 1962, 783 = FamRZ 1962, 424 ist ein vierjähriger Junge von einem fünfjährigen Spielgefährten mit einer Holzlatte am Auge getroffen worden. Das verletzte Kind konnte von den beklagten Eltern wegen deren Aufsichtspflichtverletzung in vollem Umfang Ersatz verlangen und brauchte sich ein mitwirkendes Verschulden seiner eigenen Eltern nicht anrechnen zu lassen - obwohl beide Kinder gegenseitig mit den Holzlaten aufeinander eingeschlagen hatten.

Insgesamt eine auf den ersten Blick unbillig erscheinende Entscheidung, denn beiden Eltern wird nichts anderes als Aufsichtspflichtverletzung vorgeworfen.

Weitergeführt wird diese Rechtsprechung auch in BGH 16.7.62 VersR 1962, 990, wo ein achtjähriges Mädchen auf der Messe beim Gedränge an der Rampe der sog. "Raupe" mit dem Karussell in Berührung kam und sich verletzte. Ein mitwirkendes Verschulden des Vaters, der für kurze Zeit das Mädchen allein gelassen hatte, konnte der Klägerin nicht zugerechnet werden, auch nicht aus dem Gesichtspunkt der vorvertraglichen Beziehungen, denn der Vater hatte dem Mädchen ausdrücklich das Fahren auf der Raupe verboten.

Die Stellungnahme der Literatur

Das Problem der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB ist aber nicht allein wegen der verhältnismäßig häufigen Entscheidungen des BGH so bewußt geworden. Auch die Auseinandersetzung des Schrifttums mit dieser Frage hat in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Sie hat neue Anregungen entwickelt und dem Problem eine neue Tiefe gegeben, sie hat in manchem Bereich sicherlich auch die Rechtsprechung beeinflusst ⁶⁷⁾.

Wie zu Zeiten des RG ⁶⁸⁾ ist auch in jüngster Zeit die Literatur überwiegend gegen die Rechtsprechung und ihr Festhalten an dem Erfordernis einer Verbindlichkeit eingetreten.

Bei dieser Auseinandersetzung steht allerdings der eine Problembereich des Einstehenmüssens für Handlungen von Hilfspersonen eindeutig im Vordergrund. Die nach wie vor als ungenügend empfundene Norm des § 831 BGB ⁶⁹⁾ wird wenigstens im Bereich des mitwirkenden Verschuldens durch die Anwendung des § 278 BGB auszuschalten versucht. Die daraus gewonnenen Argumente werden dann meist auf die Frage der Zurechnung des Verschuldens gesetzlicher Vertreter übertragen, ohne daß die Vermischung und Amalgamierung der verschiedenen Gesichtspunkte ⁷⁰⁾ beachtet wird, die eine Neubesinnung auf die Grundprobleme der Verweisung und der Zurechnung so erschweren.

Einer der wesentlichen Angriffe gegen die Rechtsprechung des BGH geht von Lange aus ⁷¹⁾. Er verlangt nach dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung gleicher Fälle und entsprechend der Gerechtigkeit, daß der Geschädigte für jede Selbstschädigung, die aus seinem Bereich stammt (Sphärentheorie), ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises für seine Hilfspersonen einstehen muß. Es sei eine gekünstelte Konstruktion, zwischen den Fällen des § 254 Abs. 1 und 2 BGB zu unterscheiden und nach Entstehung eines Schadens schuldrechtliche Beziehungen anzunehmen, vorher aber nicht, zumal eine klare Abgrenzung der

67) So etwa der von Reimer Schmidt, Obliegenheiten, geprägte Begriff der Obliegenheit.

68) Vgl. oben Anm. 37.

69) Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts S. 56; Weitnauer, Grundsätze der Haftung, Karlsruher Forum 1962, S. 3, 6.

70) Vgl. Esser JZ 1952, 257.

71) Lange, Mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Gehilfen außerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses, NJW 1953, 967.

beiden Fallgruppen gar nicht möglich sei ⁷²⁾. In beiden Fällen bestehe nur die allgemeine Pflicht, sich vor Schaden zu bewahren; die entsprechende Anwendung des § 278 BGB könne sich nur auf dieses Verschulden gegen sich selbst beziehen.

Auch Gernhuber weist der Rechtsprechung in seiner Untersuchung ⁷³⁾ die Widersprüchlichkeit ihres Festhaltens am Erfordernis einer Verbindlichkeit in Abs. 1 nach, während sie in Abs. 2 auf diese Forderung verzichte. Er hält die Differenzierung der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem zwar für eine vertretbare Lösung, die besonders von der Fassung des gegenwärtigen Gesetzes her konsequent sei.

Seiner Ansicht nach ist jedoch die Fassung des § 254 BGB verfehlt, weil das Gesetz ohne Rücksicht auf Sachzusammenhang statt vom allein für den Beschädigten zutreffenden Verursachungsprinzip vom Schuldprinzip ausgehe und damit das sachliche Band zwischen Beschädigtem und Rechtsgut zerschneide, während es auf der Seite des Schädigers auch eine Haftung ohne Verschulden zulasse. ⁷⁴⁾ Für die Haftung von Hilfspersonen lasse sich eine vernünftige Lösung nach dem Sachzusammenhang ohne Durchbrechung oder Überschreitung des Wortlauts des Gesetzes durchführen, so daß insoweit der Theorie recht zu geben sei. Sie kommt dem von ihm vertretenen Prinzip der generellen Gefährdungshaftung in diesem Punkt entgegen.

Vor allem Kleindienst ⁷⁵⁾ will die Rechtsprechung des BGH solange unbeirrt als ungerecht bekämpfen, bis die "unhaltbare Trennung zwischen den beiden Ab-

72) Lange bezieht sich in seinen Ausführungen vor allem auf eine Entscheidung des OLG Celle, NJW 1953, 990, die eine Unterscheidung der beiden Absätze ebenfalls mißbilligt und die Grenzen des Abs. 2 vorverlegt.

Die beklagte Molkerei hatte typhusverseuchte Milch im Kleinverkauf abgegeben. Die Mutter der erkrankten Kläger hatte den Kindern die Milch ungekocht zum Trinken gegeben. Der Einwand des Mitverschuldens der Mutter war erfolgreich, weil die Mutter noch während der Begehung der unerlaubten Handlung die Möglichkeit hatte, den Schadenseintritt zu verhindern. Die unerlaubte Handlung sei noch nicht begangen, solange die Mutter die Milch zum Verzehr bereitgestellt habe, sondern erst, als die Kinder die Milch tranken. Da der Eintritt des Schadens nach Begehung noch ausgestanden habe, komme Abs. 2 in Betracht und damit die Möglichkeit einer Zurechnung über § 278 BGB.

73) Gernhuber, Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens, AcP 152, 69 (1952).

74) aaO S. 76, 82.

75) Kleindienst: Zur Bedeutung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden, JZ 1957, 457; ders.: Die entsprechende Anwendung des § 278 bei mitwirkendem Verschulden, NJW 1960, 2028.

sätzen des § 254 BGB" aufgegeben sei. In beiden Fällen handle es sich um die Außerachtlassung der Gebote des eigenen Interesses, um ein Verschulden gegen sich selbst, niemals um eine echte Verbindlichkeit gegenüber dem Schädiger, und eine entsprechende Anwendung müsse von diesem Umstand ausgehen. Auch innerhalb eines Vertragsverhältnisses werde das Gebot der Schadensvermeidung nicht zu einer echten Rechtspflicht. Von dieser Annahme sei die Rechtsprechung bei der Forderung nach einer Verbindlichkeit auch niemals ausdrücklich ausgegangen ⁷⁶⁾. Eine Beschränkung der Anwendung des § 278 BGB sei zwar denkbar auf Fälle, in denen die Hilfsperson zugleich in Erfüllung einer echten Verbindlichkeit innerhalb eines Vertragsverhältnisses tätig sei, wenn also der Bewahrungsgehilfe zugleich Erfüllungsgehilfe sei ⁷⁷⁾. Dann könne man aber nicht mehr von einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB sprechen. Auch würde dies zu einer noch weitergehenden Einschränkung der Rechtsprechung als bisher führen, was nicht zu billigen sei. Die durch die Verweisung auf § 278 BGB gesetzlich angeordnete Risikoverteilung lasse erkennen, daß die Rechtsverfolgung gegen die Hilfsperson ausschließlich Sache des Beschädigten sein solle. Deshalb sei die Theorie der Gleichbehandlung völlig verfehlt und bedeute eine untragbare, ungerechte Differenzierung gleicher Tatbestände.

Auch für die Stellung des gesetzlichen Vertreters lasse das Gesetz keine Ausnahme zu. Ihm sei in § 278 BGB über § 254 BGB praktisch die Aufgabe eines Bewahrungsgehilfen des Kindes in dessen Angelegenheiten übertragen. Daher müsse der Minderjährige das Risiko der Zuweisung seiner Rechtsgüter in die Obhut anderer Personen selbst tragen. Die Forderung nach einer Begrenzung, etwa auf das Handeln in der Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter, sei zwar sozial verständlich, widerspreche aber dem Gesetz und der ständigen Rechtsprechung zu § 254 Abs. 2 BGB ⁷⁸⁾.

Auch von anderer Seite ist die Rechtsprechung des BGH als ungerecht und unbillig gekennzeichnet und angegriffen worden ⁷⁹⁾. Die Lehrbücher von Enneccer

76) Vgl. die Nachweise in NJW aaO S. 2029, Anm. 13.

77) Kleindienst geht dabei offensichtlich von dem in seiner Dissertation; Der Bewahrungsgehilfe, 1956, ausgebauten Rechtsinstitut aus; der Bewahrungsgehilfe wird im Gegensatz zum Erfüllungsgehilfen im Rechtskreis des Geschädigten bei der Wahrnehmung dessen eigener Interessen tätig.

Er räumt ein, daß ein rechtstheoretischer Einwand gegen die Rechtsprechung des BGH bei dieser Beschränkung nicht möglich sei (JZ aaO S. 460).

78) NJW aaO S. 2031.

79) Vgl. Lepenies: Der Einwand mitwirkenden Verschuldens bzw. mitwirkender Verursachung gegenüber Haftpflichtansprüchen von Kindern, VersR 1951, 143; es sei ungerecht, daß der Haftpflichtige ein Mitverschulden der gesetzlichen

rus-Lehmann ⁸⁰⁾ und Larenz ⁸¹⁾ treten für eine Anwendung des § 278 auch im Rahmen des Verschuldens gegen sich selbst in § 254 BGB ein. Ebenso wendet sich auch Pienitz ⁸²⁾ in seiner Monographie gegen die Differenzierung der Rechtsprechung, versucht dann aber für Minderjährige eine Zurechnung des Verschuldens der gesetzlichen Vertreter über § 828 BGB möglichst auszuschließen ⁸³⁾. Auch Werner ⁸⁴⁾ wendet sich nach wie vor mit Vehemenz gegen die Einschränkung der Rechtsprechung und verlangt ganz allgemein die Anwendung des § 278 BGB innerhalb der "Verpflichtung gegen sich selbst" in § 254 BGB.

Angesichts dieser überwiegenden Kritik nimmt es nicht wunder, daß die verhältnismäßig großzügige Haltung des BGH - im Vergleich zu der Einstellung des Reichsgerichts - zur Frage der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB im allgemeinen Beifall gefunden hat ⁸⁵⁾.

Fortsetzung der Fußnote 79) von Seite 28:

Vertreter oder Hilfspersonen des Geschädigten praktisch ein für allemal mitzuvertreten habe. Voss: Zur Haftung des Schadensstifters bei Verletzung der Aufsichtspflicht der gesetzlichen Vertreter, VersR 1952, 252, wirft der Rechtsprechung vor, sie beurteile die ganze Frage nur unter dem Blickwinkel des Geschädigten.

- 80) Schuldverhältnisse § 16 II; er hält es für gerechter, dem Geschädigten die Entlastung für seine Hilfspersonen zu erschweren, als den Schädiger übermäßig zu belasten (Die Argumentation ist nur auf die Haftung von Hilfspersonen abgestellt).
- 81) Schuldrecht I § 15 I d; seiner Ansicht nach sprechen die besseren Gründe gegen das Festhalten an einem Schuldverhältnis.
- 82) Pienitz: Der Minderjährige im Haftpflichtrecht, 2. A. 1960, S. 112 ff.
- 83) aaO S. 118 ff; dieser Weg erscheint allerdings als ein Zirkelschluß. Grundlage für die Prüfung eines fremden Verschuldens und damit auch der Anwendung des § 278 BGB ist, daß der Jugendliche nicht selbst schuldhaft gehandelt hat (vgl. oben Anm. 23). Diese Abgrenzung vollzieht sich zunächst über § 828 BGB. Dieselbe Bestimmung danach ein zweites Mal heranzuziehen, um die als unbillig erkannten Konsequenzen des § 278 BGB zu vermeiden, überzeugt nicht.
- 84) in Staudinger, BGB § 254 Anm. 61-67.
- 85) Aus der kritischen Tendenz der Literatur folgt die Billigung jeden Zugeständnisses und jeder Erweiterung der Rechtsprechung; sie ist meist mit der Forderung nach noch größeren Zugeständnissen verbunden.
Vgl. hinsichtlich der Erfüllung einer Obliegenheit durch Hilfspersonen noch Lehmann, JZ 1951, 750; für eine Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Vertreter auf praktisch alle Aufsichtspersonen tritt - unter sonstiger Billigung

Sie hat in der dargestellten Form kaum Gegner, die ihr eine zu weitreichende Auslegung vorwerfen ⁸⁶⁾.

Doch hat die Rechtsprechung des BGH in ihrer einschränkenden Anwendung des § 278 BGB gerade in jüngster Zeit auch im Schrifttum verstärkte Unterstützung und Zustimmung gefunden ⁸⁷⁾.

Außer den Praxiskomentaren ⁸⁸⁾ ist insbesondere Böhmer ⁸⁹⁾ in zahlreichen Aufsätzen für die Rechtsprechung des BGH eingetreten, allerdings meist ohne wesentliche neue Erkenntnisse beizutragen. Ebenso unterstützt Venzmer ⁹⁰⁾ in seiner neu-

Fortsetzung der Fußnote 85) von Seite 29:

der Rspr. - Weimar ein: Muß sich das Kind als Verkehrsoffer eine Verletzung der Aufsichtspflicht durch Verwandte anrechnen lassen? JR 1953, 295; ders.: Inwieweit muß sich ein Geschädigter das Verschulden Dritter anrechnen lassen? DRiZ 1955, 108; ebenso Staks: Mitverschulden von Aufsichtspersonen bei Verkehrsunfällen von Kindern, JZ 1955, 606.

- 86) Die Kritik an der Rechtsprechung richtet sich, sofern ihr überhaupt eine zu weitgehende Anwendung des § 278 BGB vorgeworfen wird, vor allem gegen die Ausweitung des Instituts des Vertrages zugunsten Dritter; vgl. Gernhuber, Drittwirkungen . . . , in Festschrift Nikisch (1958) S. 249, 251 f, der von einem wachsenden Unbehagen über diese Rechtsprechung spricht, die auf einem ungangbaren Weg in scheinbarer Gesetzestreue die Forderungen des Rechtsempfindens erfüllt; er weist auch auf die Ungerechtigkeit hin, daß sich in diesem Bereich die Schutzwirkung des Vertrages nicht zugunsten des Kindes, sondern zu seinen Lasten auswirkt.

Einen vermittelnden und differenzierenden Standpunkt zum Vertrag zugunsten Dritter, der im Ergebnis die Rechtsprechung des BGH in Fällen der Verletzung von Kindern billigt, nimmt Medicus, Zur Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Hilfspersonen, NJW 1962, 2081, ein. Seine Differenzierung ist allerdings nicht überzeugend.

- 87) Kleindienst, NJW 1960, 2028 weist bedauernd darauf hin, daß jetzt auch eine einheitliche Phalanx des Schrifttums nicht mehr vorhanden ist.

- 88) Vgl. RGRK (Nastelski) BGB § 254 RN 59 ff; Palandt-Danckelmann, BGB § 254 Anm. 4.

- 89) Emil Böhmer, JZ 1955, 699; RdK 1955, 145; VersR 1957, 697; JR 1958, 18; MdR 1960, 265; MdR 1961, 1; NJW 1961, 62.

- 90) Venzmer: Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960; die praktische Unterstützung ist jedoch wohl gering, weil er alle bisherigen Erkenntnisse der Rechtsprechung und Rechtslehre in Zweifel zieht. So leitet er aus dem Aufbau des Gesetzes eine strenge Trennung zwischen den beiden Absätzen des § 254 BGB ab (S. 65 ff). Daraus folgt dann ohne Schwierigkeit

en Monographie den BGH.

Einen wertvollen Beitrag zur Differenzierung der Anwendung des § 278 BGB hat vor allem Schmidt ⁹¹⁾ mit seinem Institut der Obliegenheit geliefert. Er führt die Rechtsprechung hinsichtlich der Haftung für Hilfspersonen auf einen sicheren Boden, wenn er eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB dann zuläßt, wenn die Hilfsperson ⁹²⁾ im Rahmen einer engeren schuldrechtlichen Beziehung eine Obliegenheit des Geschädigten wahrgenommen hat. Für die Beziehung zwischen Kindern und gesetzlichen Vertretern ist dieser Maßstab allerdings weniger geeignet ⁹²⁾.

Mammey ⁹³⁾ weist zur Unterstützung der Rechtsprechung vor allem auf die unterschiedliche Struktur der vertraglichen und deliktischen Beziehungen im deutschen Recht hin. Im Anschluß an Esser ⁹⁴⁾ verlangt er eine Neubesinnung auf die Funktion der Hilfspersonen und für eine Zurechnung des Verschuldens der Eltern, daß sie als gesetzliche Vertreter gehandelt haben.

Eine wesentliche Vertiefung der Problematik und Anregungen zu einer Neubesinnung sind vor allem den Schriften Essers ⁹⁵⁾ zu verdanken. Durch seine Untersuchung ruft er ins Bewußtsein, wie sehr die Funktion und die Bedeutung der Verweisung auf § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB durch verschiedene Interessenlagen und Schutzaufgaben geprägt wird, wie wenig klar aber die Leitgedanken durch Rechtsprechung und Rechtslehre herausgearbeitet wurden. Der Ansatz-

Fortsetzung der Fußnote 90) von Seite 30:

die Beschränkung der Anwendung des § 278 BGB auf Abs. 2. Auch die These: Alles Sorgfaltsverhalten sei eine Erfüllungshandlung (S. 105), es liege also in § 254 BGB eine echte Rechtspflicht vor, überzeugt nicht.

91) Schmidt, Obliegenheiten, 1953, S. 105 ff, 116 ff, 170 ff; vor allem auch in Soergel-Siebert, BGB § 254 RN 53 ff, bes. 61.

92) Die Kategorisierung der Fälle für den gesetzlichen Vertreter, Obliegenheiten S. 172 ff, läßt kaum noch Fälle übrig, in denen eine Zurechnung nicht denkbar erscheint. Das Kriterium der Obliegenheit ist eben nicht gleich gut für beide Bereiche des § 278 BGB geeignet.

93) Mammey, Zur Anrechnung des Aufsichtsverschuldens des gesetzlichen Vertreters als Mitverschulden des Kindes, NJW 1960, 753; interessant sind auch die Hinweise auf die Lösungen des österreichischen und Schweizer Rechts, in denen eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens zurückgewiesen wird.

94) Vgl. unten Anm. 95).

95) Esser, Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen, JZ 1952, 257; ders.: Zur Anrechnungspflicht elterlichen Mitverschuldens bei Verkehrsunfällen deliktsunfähiger Kinder, JZ 1953, 691; Schuldrecht, 2. A. 1960, S. 281 ff, § 64, 7, 9.

punkt einer Neubesinnung liege in einer Differenzierung der beiden Bereiche des § 278 BGB, der Haftung für Hilfspersonen und gesetzliche Vertreter.

Im Ergebnis billigt er die Rechtsprechung des BGH. Bei der Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen hält er die allgemeinen Pflichten des § 254 Abs. 1 BGB nicht für ausreichend; für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB müsse ein Verstoß gegen ein besonderes Pflichtengebot nachgewiesen werden. Ein Einstehenmüssen für Handlungen gesetzlicher Vertreter und entsprechend eine Zurechnung gegenüber kleinen Kindern sei nur dort angebracht, wo sich aus der Beteiligung des Kindes am Rechtsverkehr eine Repräsentationsbedürftigkeit ergebe. Jedenfalls dürfe die Anwendung des § 278 BGB nicht zu einer unterschiedslosen Haftung des Kindes auch für unerlaubte Handlungen seines gesetzlichen Vertreters führen ⁹⁶⁾.

Insgesamt zeigt sich bei einer kritischen Übersicht über Rechtsprechung und Literatur im deutschen Recht, daß sich in der letzten Zeit die starren Fronten hinsichtlich der Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB etwas aufgelockert haben.

Vor allem sind Ansatzpunkte für eine Differenzierung der beiden Fallgruppen sichtbar geworden, von der eine Neubesinnung auf die Grundproblematik der Verweisung und Zurechnung auszugehen haben wird.

96) Er billigt die Ausdehnung der Rechtsprechung der Zurechnung im Rahmen von Verträgen zugunsten des Kindes (Schuldrecht S. 281, § 64, 7, 9).

ZWEITER TEIL
DIE ZURECHNUNG DES MITWIRKENDEN VERSCHULDENS
VON AUFSICHTSPERSONEN GEGENÜBER KLEINEN KINDERN
IM NORDAMERIKANISCHEN RECHT

ERSTER ABSCHNITT
DIE GRUNDLAGEN ¹⁾

§ 6

Die "negligence" als Haftungsgrundlage

I. Die Untersuchung eines mitwirkenden Verschuldens setzt voraus, daß ein Dritter für einen eingetretenen Schaden ersatzpflichtig ist.

Bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit des Kindes, und es geht in praktisch allen Fällen der vorliegenden Untersuchung um eine derartige Rechtsgutsverletzung, ergibt sich im allgemeinen als Grundlage der Verantwortlichkeit ein Anspruch des Kindes aus dem Rechtsgebiet der unerlaubten Handlungen.

Es ist hier nicht der Ort, die Haftungstatbestände des nordamerikanischen law of torts und andere etwaige Anspruchsgrundlagen im einzelnen darzustellen.

Gerade das law of torts läßt indessen an Klarheit zu wünschen übrig und ist sogar von einem englischen Juristen als "Chaos mit ausführlichem Register" bezeichnet worden. ²⁾ Zudem hat das Recht der unerlaubten Handlungen im Lauf des letzten Jahrhunderts die größten Wandlungen durchgemacht. ³⁾ An dem law of torts zeigt sich besonders deutlich, daß sich das common law erst allmählich von einem ausgesprochenen Aktionensystem zu einem allgemeinen Haftungsrecht

1) Für ein Verständnis der eigentlichen Probleme wird es sich nicht vermeiden lassen, gewisse Grundlagen des amerikanischen Rechts kurz darzustellen, ohne daß in diesem Bereich systematische Gründlichkeit und Vollständigkeit angestrebt werden kann.

2) Sir Thomas Holland, zitiert nach Marsh, Unerlaubte Handlungen im englischen Recht, RabelsZ 1955, 643.

3) Darauf hat besonders Bohlen in seinem Aufsatz: 50 years of torts, in der Jubiläumsausgabe der Harvard Law Review, 50 Harv. L. Rev. 725 (1937) hingewiesen: "There is no branch of the law which has undergone more numerous and important changes than the law of torts"

entwickelt hat. ⁴⁾ Auch heute noch werden im law of torts eine ganze Gruppe mehr oder weniger eng verbundener Tatbestände zusammengefaßt, die es jedoch nicht erschöpfen und sich zum Teil überschneiden. ⁵⁾

II. Unter diesen verschiedenen Anspruchsgrundlagen ist hier vor allem die "negligence" hervorzuheben, die sich im Lauf des letzten Jahrhunderts zu einer allgemeinen deliktischen Generalklausel und dem umfassendsten und wichtigsten Haftungstatbestand des law of torts entwickelt hat. ⁶⁾ Ursprünglich als reines Schuldenelement aufgefaßt, ist die negligence heute längst als selbständige

4) Nach Winfield-Lewis, On Torts § 1, lautete bis vor kurzem die Fragestellung nicht: Hat der Schädiger gegenüber dem Geschädigten eine Pflicht verletzt, sondern: Hat der Verletzte irgendeine Klagmöglichkeit?
Vgl. auch Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de droit comparé Band 3 (1951) S. 169 f.

5) Prosser, Law of Torts § 1, rechnet unter den Begriff des tort "a miscellaneous and more or less unconnected group of civil wrong other than breach of contract for which a court will afford a remedy in the form of an action for damages." Der einzige Zusammenhang bestehe vielleicht in der gemeinsamen geschichtlichen Entwicklung.
Die Schwierigkeit einer systematischen Einordnung kommt auch darin zum Ausdruck, daß das anglo-amerikanische Schrifttum zwischen der Bezeichnung "law of tort" und "law of torts" schwankt.

6) Vgl. dazu Keßler, Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht, 1932, S. 3 ff; Winfield, The province of the law of torts, 1931; Prosser, Law of Torts § 29; Harper and James, Law of Torts § 16; Charlesworth, On Negligence.

Es ist hier nicht der Ort, die Entwicklung der negligence zu dem allgemeinen Haftungstatbestand zu schildern; das ist schon ausführlich besorgt worden (vgl. bes. Keßler aaO; Winfield aaO). Dogmatisch werden die Gründe für die besondere Bevorzugung der negligence wohl darin liegen, daß sich das common law bei dem Übergang vom Aktionensystem zu einem allgemeinen Haftungsrecht, "bei der Überwindung der alten Haftungsformen durch ein unbelastetes Schadensersatzrecht" (vgl. Esser, Grundsatz und Norm S. 212), den verhältnismäßig offenen und anschmiegsamen Tatbestand der negligence ausgesucht hat.

Klaggrundlage, als "independent basis of liability" anerkannt. ⁷⁾ Der Tatbestand der negligence setzt voraus, daß jemand 1. durch sein Verhalten (conduct) eine Pflichtverletzung begangen hat ⁸⁾, 2. daß er einem bestimmten Sorgfaltsmaßstab in seinem Verhalten gegenüber anderen nicht nachgekommen ist und daß er 3. dadurch einen Schaden herbeigeführt hat. ⁹⁾

Die Schwierigkeiten, die sich bei der Eingrenzung der duty to take care und des standard of care ergeben, haben die angelsächsischen Gerichte in einer eingehenden, von Fall zu Fall differenzierenden und geschickten Abstufung der duty zu lösen vermocht. ¹⁰⁾ Dabei erfolgte die Abgrenzung der duty auch bei

7) Vgl. u. a. Prosser, Torts § 28; Esser, Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129, 130 Anm. 18.

Die Frage, welche die angelsächsischen Juristen noch vor 50 Jahren beschäftigt hat, ob negligence "as a state of mind" oder als "conduct" aufzufassen sei, ist seit langem dahin entschieden, daß negligence als "conduct" einen selbständigen Klaggrund bildet. Vgl. die Untersuchungen von Edgerton, Negligence, Inadvertance and Indifference, 39 Harv. L. Rev. 849 (1926); Terry, Negligence, 29 Harv. L. Rev. 40 (1915) sowie Friedman, Principles of Tort Liability and the Growth of Insurance, in Festschrift für Ehrenzweig (1955) S. 25 f; vgl. auch Keßler, Fahrlässigkeit S. 139.

Der Begriff der negligence wird darüber hinaus aber auch weiterhin in einem untechnischen Sinne als Schuldlement aufgefaßt, im Sinne eines nachlässigen, fahrlässigen Verhaltens. Vgl. etwa Charlesworth, On Negligence S. 3 ff.

Auch im Rahmen dieser Arbeit kann negligence die Bedeutung von Nachlässigkeit als bloßer Schuldform haben, wenn sie auch im allgemeinen als selbständiger Klaggrund verwendet wird.

8) "a breach of a duty to take care"

9) Vgl. dazu Charlesworth, On Negligence N. 18; Prosser, Torts § 35 f; Winfield-Lewis, On Torts § 1;

ähnlich auch Salmond-Heuston § 123: Breach of a legal duty which is owed to the plaintiff personally.

Nach der Definition des Restatement of the Law of Torts, II § 282, ist negligence "a conduct which falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable great risk of harm."

Vgl. schließlich noch die Definition nach Black's Law Dictionary: "The omission to do something which a reasonable man guided by those ordinary considerations which ordinarily regulate human affairs, would do ..."

10) Esser, Zweispurigkeit S. 133, bescheinigt der amerikanischen Rechtsprechung

Tatbeständen, die aus historischen Gründen als selbständige Aktionen behandelt werden, der Sache nach aber der negligence nahekommen ¹¹⁾, in derselben Weise wie bei der negligence, so daß auf andere Tatbestände des law of torts hier nicht einzugehen ist.

III. Wenn sich somit die Darlegung der Haftungsgrundlagen im Rahmen dieser Arbeit auf die negligence beschränkt, so beruht dies auf verschiedenen Ursachen.

Einmal ist die negligence ohnehin der umfassendste und in ihrer general-klauselartigen Weite wichtigste Haftungstatbestand im law of torts, dessen Elemente zudem noch anderen verwandten Aktionsformen zugrunde liegen. ¹²⁾

Weiter ist der Verstoß gegen eine allgemeine "duty to take care" bei der Verletzung der Gesundheit eines Menschen regelmäßig zu bejahen ¹³⁾, andererseits in diesen Fällen eine vorsätzliche Verletzung im allgemeinen auszuschließen.

Vor allem aber kommt der negligence als Haftungsgrundlage bei der Abwicklung von Schäden aus Verkehrsunfällen eine überragende und fast ausschließliche Bedeutung zu. Zum Teil kann man ihr sogar die Funktion eines Gefährdungshaftungstatbestandes zuschreiben. Von ganz geringen Ausnahmen abgesehen ¹⁴⁾,

Fortsetzung der Fußnote 10) von Seite 35:

eine große Wirksamkeit, eine Fülle der Entscheidungen und eine besonders gelungene Abstufung und Abgrenzung der Haftungsfälle.

- 11) Es ist etwa an die Tatbestände der nuisance, einer Art Verkehrssicherungspflicht, an die Haftung des Herstellers von Markenartikeln, an die Haftung des Grundstückseigentümers für Schäden, die auf seinem Grund und Boden eintreten, und an deren sorgfältige Abstufung gegenüber trespassers, licensees und invitees zu denken; weiter sogar an die sogenannte strict liability in der Tierhalterhaftung und der Haftung für gefährliche Instrumente, wobei ebenfalls jeweils die duty herausgearbeitet wird, jenseits deren keine Haftung mehr gegeben ist.
- 12) Vgl. die Tatbestände, die in der vorigen Anm. aufgeführt werden.
- 13) Die Abgrenzung des rechtlich geschützten Interesses und der duty to take care bereiten bei der Verletzung des Körpers und der Gesundheit im allgemeinen keine Schwierigkeiten; vgl. auch Keßler, Fahrlässigkeit S. 59.
- 14) Das Problem der gesetzlichen Haftpflicht wird im allgemeinen im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Haftpflichtversicherung erörtert, die offenbar nur in Massachusetts existiert; nicht einmal dort also eine allgemeine Gefährdungshaftung für Kraftfahrzeuge; vgl. Prosser, Torts § 61 Anm. 80 ff; Smith-Prosser, Cases and Materials on Torts, Ch. 16.3 S. 734 ff.

hat das common law der nordamerikanischen Einzelstaaten an der Verschuldenshaftung¹⁵⁾ festgehalten und gibt es trotz der enormen Verkehrsdichte in den Einzelstaaten keine gesetzlich vorgeschriebene Gefährdungshaftung für Kraftfahrzeuge und Eisenbahnen.¹⁶⁾ Die Abwicklung der Schäden im Verkehr erfolgt daher im allgemeinen über die negligence.

Daß mit dieser Ausweitung der negligence zu einem umfassenden Haftungsstatbestand ein gewisser Bedeutungswandel und vor allem eine Objektivierung der Sorgfaltsmaßstäbe eingetreten ist, welche die negligence zum Teil in die Nähe der Gefährdungshaftung bringt - immerhin ist in USA der Begriff der "negligence without fault" geprägt worden -¹⁷⁾, ist im allgemeinen nur wenig sichtbar geworden.

Schließlich steht die negligence als Anspruchsgrundlage bei der Verletzung der Gesundheit eines Menschen auch dort allein im Vordergrund, wo das deutsche und andere kontinentale Rechte einen Vertragsanspruch gewähren würden.

Das common law kennt von jeher, infolge seiner Herkunft aus einem Aktionsystem, nicht die strenge Unterscheidung zwischen allgemeinen deliktischen

15) S. dazu Titze, Unerlaubte Handlungen, in Rvgl.Hwb. Band 6 (1938) S. 676, 726.

16) Vgl. Rühland, Die Haftung der Eisenbahnen, in Rvgl.Hwb. Band 3 S. 69; Rheinsteint, Die Haftung für Kraftfahrzeuge, ebenda S. 81; Hammann, Die Haftung für Kraftfahrzeuge und Eisenbahnen im englischen Recht, RabelsZ 2 (1928) S. 982; Keßler, Fahrlässigkeit S. 58; Prosser, On Torts § 61 Anm. 79 ff; Prosser-Smith aaO (Anm. 14) S. 702 ff, 734 ff.

17) Von Ehrenzweig in seiner gleichnamigen Schrift, 1951; bes. Esser, Zweispurigkeit, JZ 1953, 130, und Friedman, aaO (Anm. 7) S. 25 f, weisen auf die Bedeutung dieser Schrift hin.

Ganz allgemein geht in USA die Forderung des Schrifttums nach Einführung einer gesetzlichen Gefährdungshaftung und noch mehr nach einer gesetzlich vorgeschriebenen Haftpflichtversicherung; vgl. vor allem Grad, Recent Developments in Automobile Accident Compensation, 50 Colum. L. Rev. 300 (1950), der vor allem auf die korrigierende Funktion der jury hinweist, die - häufig verdeckt - eine Haftung für ganz geringe Schuld ausspreche und dadurch das Fehlen einer Gefährdungshaftung auszugleichen versuche, desgleichen durch eine Nichtberücksichtigung der contributory negligence ein gerechtes Ergebnis - Haftung des Schädigers - zu erzielen versuche; vgl. weiter Friedman aaO (Anm. 7); James, Accident Liability Reconsidered. The Impact of Liability Insurance, 57 Yale L.J. 549 (1948); ders.: Functions of Judge and Jury in Negligence Cases, 58 Yale L.J. 667 (1949); Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 215.

Ansprüchen und solchen, die sich aus einer Sonderverbindung herleiten. Jedenfalls ist auch heute noch nicht eine klare Unterscheidung zwischen vertraglichen und anderen Ansprüchen möglich.¹⁸⁾ Zwar wird im common law dem besonderen Charakter des Anspruchs aus einer vertraglichen Sonderverbindung zunehmende Bedeutung beigemessen¹⁹⁾, und es ist anerkannt, daß in manchen Fällen Ansprüche aus "breach of duty" und "breach of contract" nebeneinander bestehen.²⁰⁾

Das Denken in einem Haftungssystem ist jedoch dem common law fremd. Es gewährt einen Ersatzanspruch bei Verletzung einer duty. Aus welchem Rechtsverhältnis die duty hergeleitet wird, erscheint ihm als zweitrangiges Problem. Vor allem aber zieht das common law aus der unterschiedlichen Begründung der duty keine besonderen und verschiedenen Rechtsfolgen.²¹⁾

Bei dem Verstoß gegen eine allgemein bestehende Schutzpflicht, wie sie gegenüber den absoluten Rechtsgütern des Lebens und der Gesundheit regelmäßig zu bejahen ist, gilt die Vorliebe des common law gemäß seines historischen Ursprungs der Begründung der Ersatzpflicht aus der Verletzung der allgemeinen "duty to take care", auch wenn zusätzlich noch die Verletzung einer besonderen Vertragspflicht vorliegen sollte.

18) Winfield-Lewis, On Torts, 6th ed. § 190 f. S. 800 ff; ders.: The province of the law of torts, 1931, S. 40 f versucht eine Abgrenzung danach, ob "the duty is primarily fixed by the law or by the parties themselves." Er muß aber auf S. 809 zugeben: "It is fairly obvious that a sharp severance of tort from breach of contract is impossible for the common law."

Prosser, Torts § 81 S. 478, ebenso in: The borderland of tort and contract, in Selected Topics on the Law of Torts S. 380 ff, unterscheidet nach der Natur des geschützten Interesses - er spricht aber ebenfalls von einem "very confusing field".

Vgl. auch Clerk & Lindsell, Torts §§ 6-10; Street, Torts §§ 1 ff.

19) S. die Nachweise in der vorigen Anm. Die Autoren bemühen sich um eine Abgrenzung, müssen aber die Schwierigkeiten zugeben. Es gibt auch Fälle, in denen sich unterschiedliche Rechtsfolgen bei vertraglicher und deliktischer Begründung ergeben; dies gilt jedoch nicht bei Gesundheitsschäden.

Nach Stoll, Handeln auf eigene Gefahr (1961) S. 217, beginnt sich im englischen Recht die Ansicht durchzusetzen, daß die Haftung eines Beförderungsunternehmers auch auf Vertragsverletzung gestützt werden kann.

20) Vgl. die Nachweise in Anm. 18, außerdem Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de droit comparé, vol. 3 (1951) S. 170.

21) Vgl. Stoll aaO (Anm. 19) S. 196.

Bei Verletzungen des Rechtsguts der Gesundheit und des Körpers eines Menschen ist - auch innerhalb einer Sonderverbindung - ein Ersatzanspruch aus tort augenscheinlich der stärkere ²²⁾ und steht, wenn nicht ausschließlich ²³⁾, so doch ganz entscheidend im Vordergrund. ²⁴⁾

§ 7

Die contributory negligence ²⁵⁾

I. Die contributory negligence bildet den entscheidenden Einwand gegenüber einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz. Die Verantwortlichkeit des Schäd-

22) Jedenfalls ist bei vertraglicher Begründung kein besserer Schutz gegeben; vgl. Williston, On Contract § 1113; Winfield-Lewis, Torts § 190; Hammann aaO (Anm. 16) S. 983, wonach die Stellung eines verletzten Passagiers etwa bei einem Vertragsanspruch nicht günstiger ist.

23) Dem älteren common law ist der Unterschied zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch ohnehin nicht geläufig; vgl. etwa Wharton, Negligence (1878) § 435, der jede duty aus Vertrag zur Grundlage eines deliktischen negligence-Anspruchs erheben will.

Außer der Haftung eines Beförderungsunternehmers, deren deliktischer Charakter historisch aus der Ausübung eines "common calling", eines öffentlichen Gewerbes zu erklären ist, werden auch die Schäden bei einem Autorennen, die ein Zuschauer erleidet, oder auch die Ansprüche eines Mieters oder Pächters gegen den Eigentümer eines Hauses über negligence abgewickelt. Nach Prosser, Torts § 81 S. 483 kann der Kläger in solchen Fällen bei einer Körperverletzung nicht einmal wählen, welchen Anspruch er geltend machen will; es steht ihm vielmehr nur der deliktische Anspruch aus negligence zur Verfügung.

24) Bei Körperverletzungen ist im common law eindeutig die Tendenz vorhanden, die Haftung über den Deliktstatbestand der negligence und den Verstoß gegen die allgemeine duty to take care zu begründen; vgl. auch Harper and James, Torts § 18.6; Esser, Grundsatz und Norm S. 106.

25) Literaturnachweise: Bohlen, Contributory negligence, 21 Harv. L. Rev. 233 (1908); Harper and James, Torts II § 22; F. James, Contributory negligence, 62 Yale L.J. 691 (1953) (der Aufsatz ist identisch mit den Ausführungen im Lehrbuch, supra; zitiert wird im folgenden lediglich nach dem Lehrbuch); Keßler, Fahrlässigkeit, S. 160 ff; Prosser, Torts §§ 51 ff; Schofield, Davies v. Mann, Theory of contributory negligence, 3 Harv. L. Rev. 263 (1890); Williams, Joint torts and contributory negligence §§ 55 ff.

digers entfällt ²⁶⁾, wenn den Geschädigten selbst an der Entstehung des Schadens ²⁷⁾ ein mitwirkendes Verschulden trifft, genauer eine "contributory negligence", d.h. "a conduct on the part of the plaintiff which falls below the standard to which he is required to conform for his own protection." ²⁸⁾

Die Entsprechung des Tatbestandes der contributory negligence mit dem der negligence wird schon bei einem Vergleich der beiden Begriffsbestimmungen sichtbar. ²⁹⁾ Tatsächlich hat auch die contributory negligence entsprechend der Entwicklung der negligence erst im Lauf des 19. Jahrhunderts ihre selbständige Ausprägung und Abgrenzung erfahren. ³⁰⁾ Im allgemeinen gilt die contributory ne-

26) Dazu unten II.

27) Die im amerikanischen Recht vorherrschende enge Begriffsbestimmung des Tatbestandes der contributory negligence bezieht sie nur auf ein mitwirkendes Verschulden bei der Entstehung des Schadens.

Im weiteren Sinne gehören zu dem Komplex der contributory negligence auch die Fälle, in denen nach Entstehung des Schadens ein Verschulden zur Verschlimmerung beigetragen hat (im amerikanischen Recht unter dem Gesichtspunkt der "avoidable consequences" behandelt) oder auch der freiwilligen Übernahme des Schadens (assumption of risk - Handeln auf eigene Gefahr).

Im allgemeinen gilt contributory negligence im folgenden als enger, selbständiger Einwand.

28) Nach dem Restatement of the Law of Torts, § 463; vgl. Prosser, Torts § 51.

29) S. dazu oben Anm. 9.

Immerhin wird an der unterschiedlichen Fassung deutlich, daß es sich bei der contributory negligence - genauso wie im deutschen Recht bei mitwirkendem Verschulden - s.o. S. 7 Anm. 23 - nicht um die Verletzung einer echten Rechtspflicht gegenüber Dritten handelt, sondern um eine Verletzung der Gebote des eigenen Interesses und eine ungebührliche Gefährdung der eigenen Interessen; vgl. Prosser, Torts § 51; Charlesworth, On Negligence § 1102; Bohlen, Liability in tort of infants and insane persons, 23 Mich. L. Rev. 9 (1924) S. 30 f; Bohlen betont vor allem den Gedanken der legal sanction, der hinter der Verletzung der Gebote des eigenen Interesses steht, entsprechend der Hervorhebung des § 242 BGB in § 254 BGB (s. oben Anm. 23).

30) Zum ersten Mal ist der Grundsatz der contributory negligence in der englischen Entscheidung Butterfield v. Forrester, 11 East 60, 103 E.R. 926 (1809) entwickelt worden; vgl. Prosser-Smith, Cases on Torts S. 548; Williams aaO (Anm. 25) § 56; erstaunlicherweise handelte es sich nicht einmal um eine Haftung aus negligence, sondern aus nuisance - wieder ein Beispiel für die fehlende Trennung zwischen den einzelnen Aktionen des law of torts (vgl. oben Anm. 11) -, weil der Beklagte auf einer öffentlichen Straße einen Graben gezogen hatte, den der Kläger in scharfem Ritt passieren wollte.

gligence gemäß ihrem historischen Ursprung lediglich als Einwand gegenüber dem Haftungstatbestand der negligence.³¹⁾ Diese überkommene und in der Regel auch zutreffende Auffassung ist aber insofern zu eng, als der Einwand der contributory negligence nicht nur gegenüber der negligence als selbständigem Haftungstatbestand durchgreift, sondern auch gegenüber verwandten Aktionsformen des law of torts, in denen die negligence als Schuldform, als "mode of committing a tort", eine Rolle spielt.³²⁾ Das gleiche wird sogar für den Einwand der contributory negligence gegenüber einem Anspruch aus strict liability³³⁾ und einem vertraglichen Anspruch³⁴⁾ gelten müssen.

31) Vgl. etwa die Lehrbücher von Prosser, Torts; Harper and James, Torts; Winfield-Lewis, On Torts; Salmond-Heuston, On Torts; usw., die alle die contributory negligence als Einwand im Rahmen der negligence behandeln, nicht aber als allgemeinen Einwand gegenüber jeder tort-action. Anders vor allem Williams, aaO (Anm. 25) §§ 56 ff.

32) Vgl. dazu oben Anm. 11; so vor allem Williams aaO; Winfield-Lewis, Torts S. 230 f; anders offenbar Clerk & Lindsell, Torts § 98; Keßler, Fahrlässigkeit S. 178 ff.

33) Es ist etwa an die strict liability des innkeepers für eingebrachte Sachen des Gastes zu denken, ferner an die einer strict liability häufig nahekommende Haftung eines Grundstückseigentümers (vgl. dazu auch Stoll, Handeln auf eigene Gefahr S. 203, 213); das gleiche gilt auch für die strict liability des Tierhalters; zu diesem Punkt vgl. etwa die Entscheidung des Supreme Court of New York, Garelli v. Sterling-Alaska Fur & Game Farms, Inc., 206 NYS 2d 130 (1960), der die Haftung eines Tiergartenbesitzers für die Verletzung eines vierjährigen Jungen ablehnt, der beim Füttern eines Affen gebissen wurde. Der Kern der Entscheidung liegt darin, daß das Gericht die Grenzen der strict liability herauszuarbeiten versucht und in den allgemeinen Haftungs-fällen den Einwand der contributory negligence zuläßt.

Zu dem ganzen Problemkreis vgl. Williams aaO § 57 und die folgende Anm.

34) Sollte in einem Ausnahmefall der Kläger wegen der Verletzung seiner Gesundheit einen vertraglichen Anspruch geltend machen, dann müßte ihm in gleicher Weise der Einwand der contributory negligence entgegengehalten werden können. Der Geschädigte kann nicht dadurch besser stehen, daß er seinem Ersatzanspruch eine andere Grundlage gibt; vgl. vor allem Williams aaO § 59, der als einer der wenigen angelsächsischen Autoren das Problem überhaupt erörtert. Wegen der Vorliebe für die deliktische Begründung wird dieses Problem im allgemeinen nicht behandelt.

Williams weist zutreffend darauf hin, daß in einem solchen Fall wahrscheinlich nicht ausdrücklich mit dem Einwand der contributory negligence gearbei-

Jedoch werden diese Möglichkeiten bei Körperverletzungen im allgemeinen nicht aktuell, da die Haftung für diese Schäden über die negligence abgewickelt wird.³⁵⁾

II. Der entscheidende Unterschied der contributory negligence zu der Norm des § 254 BGB besteht darin, daß sie ursprünglich einen Ersatzanspruch völlig ausschließt.³⁶⁾ Der Nachweis, daß der Verletzte "in a contributory negligent manner" ebenfalls an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, führt also nicht wie im deutschen Recht zu einer Abwägung und Vergleichung des beiderseitigen Verschuldens und der jeweiligen Verursachung, sondern läßt die Verantwortlichkeit des Schädigers ganz entfallen.

Es fehlt im angelsächsischen Recht nicht an Erklärungsversuchen für diese strenge Regel des "Alles oder Nichts".³⁷⁾

Der wesentliche Grund wird darin liegen, daß das common law wie jede archaische Rechtsordnung die Schadensersatzpflicht über die Grundsätze der Kausalität zu lösen versucht, die nur scheinbar eindeutige Ergebnisse gewährleistet.³⁸⁾

Fortsetzung der Fußnote 34) von Seite 41:

tet wird, sondern mit verwandten Instituten, vor allem mit Kausalitätsgesichtspunkten, mit dem eigenen Verhalten des Klägers oder der implied duty to cooperate.

Es ist dem Verfasser kein Fall bekannt geworden, worin gegenüber einem vertraglichen Anspruch mit dem Einwand der contributory negligence gearbeitet wurde.

35) Vgl. oben Anm. 18 ff, 22 ff.

36) S. die Literaturnachweise oben Anm. 25; bes. Keßler aaO S. 179 f; Prosser, Torts § 51.

37) S. die in Anm. 25 genannten Autoren.

Es ist heute in der Literatur weitgehend anerkannt, daß alle Erklärungsversuche die Aufrechterhaltung der Doktrin nicht rechtfertigen können. Die Regel des "alles oder nichts" ist für ein modernes Schadensverteilungsrecht nicht geeignet.

38) Vor allem Winfield-Lewis, On Torts § 190, gesteht dieser Erklärung "some merit" zu.

Es ist jedoch heute in der angelsächsischen Literatur allgemeine Ansicht, daß eine vernünftige Schadensteilung über die Grundsätze der Kausalität nicht zu erreichen ist; vgl. außer den genannten Autoren noch Lawson, Negligence in the civil law S. 53 ff.

Die Kausalität ist allein weder ein ausreichendes Kriterium für die Zurechenbarkeit eines entstandenen Schadens noch für die Abgrenzung des Umfangs ei-

Entsprechend der Vorstellung, jeder Schaden sei auf eine einzige, klare Ursache zurückzuführen, wird entweder der Mitwirkungsbeitrag des Schädigers oder des Geschädigten als entscheidende Ursache gewertet und je nachdem ein Ersatzanspruch gewährt oder nicht. 39)

Als weitere Gründe für die Entstehung der contributory negligence rule des "Alles oder Nichts" werden die Theorie der "voluntary assumption of risk" 40) und der Gedanke der "clean hands" angeführt. 41) Es ist auch auf den Strafcharakter und die mögliche Abschreckungsfunktion 42) hingewiesen worden. Schließlich hat wohl auch der Grund eine Rolle gespielt, daß man der jury eine schwierige

Fortsetzung der Fußnote 38) von Seite 42:
ner Schadensersatzpflicht.

Die Erklärung der contributory negligence rule über die Kausalität ist zudem unlogisch. Der Begriff des mitwirkenden Verschuldens setzt voraus, daß mindestens noch eine weitere Ursache zum Schadenseintritt beigetragen hat. Diese Ursache mit Hilfe der Kausalität aus der Kette der Ursachen auszuschließen, erscheint nicht konsequent.

- 39) Wenn man schon Kausalitätsgrundsätze heranzieht, liegt es nahe, einzelnen Bedingungen ein besonderes Gewicht beizulegen, indem man bestimmte Umstände als "too remote", andere als "proximate cause" qualifiziert. Dem entspricht auf der anderen Seite wiederum eine Einschränkung der contributory negligence rule über Kausalitätsgesichtspunkte, indem man die Mitwirkung dadurch als nichtkausal negiert, daß man den Beitrag des Schädigers als "proximate cause" wertet und ihm die "last clear chance" zur Schadensvermeidung zuspricht. Vgl. dazu unten Anm. 52.
- 40) D.h. eine Art freiwilliger Übernahme des Schadens, die auf die Maxime "volenti non fit iniuria" zurückgeführt wird. In ähnlicher Weise wurde früher im deutschen Recht das Handeln auf eigene Gefahr aufgefaßt. Es ist aber überzeugend nachgewiesen worden (vgl. Harper and James, Torts § 22, S. 1201; Bohlen aaO (Anm. 25) S. 245 ff), daß die beiden Institute erhebliche Unterschiede aufweisen und nicht auf eine Wurzel zurückgeführt werden können.
- 41) Vgl. Prosser, Torts § 51; es ist dies die Vorstellung, daß man bei Anrufung des Gerichts nicht selbst einer Pflichtverletzung schuldig sein darf.
- 42) Vgl. vor allem Harper and James aaO, S. 1204; auch diese Erklärungsversuche überzeugen die amerikanische Literatur nicht. Sogar das Gegenteil einer Abschreckung erscheint denkbar, nämlich der Anreiz für den Schädiger zu einer schuldhaften Verletzung, wenn er weiß, daß der Geschädigte auch einer Pflichtverletzung schuldig ist.

ge Abwägung der verschiedenen Umstände nicht zutraute. ⁴³⁾

Wahrscheinlich läßt sich für die strenge Norm des "Alles oder Nichts", des völligen Ausschlusses eines Ersatzanspruchs bei contributory negligence keine rationale Erklärung finden. ⁴⁴⁾ Diese starre Regel mag als ein Ausdruck für die individualistische Haltung des common law gewertet werden, das die Rechte jedes einzelnen von seiner eigenen Sorgfalt und Umsicht abhängig machte. ⁴⁵⁾

III. Es ist erklärlich, daß die contributory negligence rule in dieser Form das angelsächsische Recht nicht befriedigt hat und daß die Gerichte versucht haben, ihre Anwendung zu umgehen und zu modifizieren. Die Unzufriedenheit der Rechtsprechung und vor allem der Literatur ist im Lauf des 20. Jahrhunderts gewachsen, besonders seit die Bedeutung des Schulselements im Schadensersatzrecht hinter dem Gedanken einer gerechten Verteilung der Schäden auf die Allgemeinheit ⁴⁶⁾ zurückgetreten ist. So kommt es, daß die rule of contributory negligence in ihrer ursprünglichen Erscheinungsform ständig an Boden verliert. ⁴⁷⁾

Auf verschiedene Weise haben die Rechtsprechung und zum Teil auch der Gesetzgeber die Norm einzuschränken oder zu umgehen versucht. ⁴⁸⁾

Einmal ist dies geschehen durch eine Abstufung der Schuldmaßstäbe. Dem Schädiger ist der Einwand der contributory negligence verschlossen, wenn er selbst den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. ⁴⁹⁾

Die Gerichte haben ferner Beweiserleichterungen für den Geschädigten eingeführt, so daß er nicht mehr, wie es früher die Regel war, das Fehlen einer eigenen Pflichtverletzung beweisen muß, sondern daß im allgemeinen dem Schädiger

43) Prosser, Torts § 51; Smith-Prosser, Casebook on Torts S. 582; Harper and James, Torts S. 1206.

44) Vgl. die Literaturnachweise oben Anm. 25; vor allem Prosser, Torts § 51 S. 283; Harper and James, Torts S. 1198, 1204 f; Bohlen aaO S. 258.

45) So Prosser, Torts S. 284; Smith-Prosser aaO S. 582.

46) Dazu vor allem Harper and James, Torts S. 1209.

47) Harper and James aaO sprechen von einem "rapidly mounting disfavour"; ein anderer Autor, Lowndes, Contributory negligence, 22 Geo.L.J. 674 (1934) (zitiert nach Harper and James aaO) schreibt: "Little remains to be written about contributory negligence save its obituary".

48) Besonders gut ist diese Entwicklung bei Prosser, Comparative negligence, in Selected Topics of the Law of Torts (1953) S. 1 ff = 51 Mich.L.Rev. 465 (1951/52) zusammengestellt.

49) Man spricht dann von "wanton, wilful or reckless" conduct. Die voraussetzende Haftung eines Dritten ergibt sich daher im allgemeinen aus der gewöhnlichen Grundlage der negligence.

der Beweis der contributory negligence des Geschädigten obliegt. ⁵⁰⁾

Ein anderer Weg ist mit der "last clear chance doctrine" ⁵¹⁾ eingeschlagen worden. Trotz einer Mitwirkung des Geschädigten ist danach der Schädiger - dann aber wieder in vollem Umfang - für den eingetretenen Schaden verantwortlich, wenn er unmittelbar vor dem Unfall die letzte Möglichkeit hatte, den Schadenseintritt zu verhindern. ⁵²⁾

Nur in ganz geringem Umfang haben die amerikanischen Einzelstaaten durch Gesetz die starre rule of contributory negligence durch die geschmeidigere rule of comparative negligence ⁵³⁾ ersetzt, die entsprechend § 254 BGB durch eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens eine angemessene Schadensverteilung ermöglicht. Sie haben vielmehr, offenbar als eines der wenigen Länder überhaupt ⁵⁴⁾, auch im Gegensatz zu England, das 1945 durch Gesetz ⁵⁵⁾ die rule of comparative negligence eingeführt hat, im großen und ganzen an der rule of contributory negligence festgehalten.

Nur auf kleinen Teilgebieten des Rechts, die im Rahmen der vorliegenden

50) Vgl. Harper and James, Torts S. 1210.

51) Dazu Prosser, Torts § 52 S. 290 ff; Harper and James, Torts S. 1241 ff; Annotation: Doctrine of last clear chance, 92 ALR 47 (1934).

Die Entwicklung dieser Lehre kann hier nicht in allen Einzelheiten dargestellt werden. Sie ist ein Versuch der Gerichte, in manchen Fällen der Anwendung der strengen contributory negligence rule zu entgehen, wenn es zu ungerecht wäre, den Schaden allein den Geschädigten tragen zu lassen.

Sie führt aber ebenfalls nicht zu angemessenen Ergebnissen, weil sie wiederum nur eine Verlagerung des Schadens in vollem Umfang auf den Schädiger mit sich bringt. Die Kausalität ist eben kein geeigneter Gesichtspunkt für eine gerechte Schadensverteilung. Vgl. oben Anm. 38 f.

52) Vgl. die vorige Anm.

53) Vgl. dazu Prosser, Comparative Negligence, in Selected Topics of the Law of Torts, (1953) S. 1 ff = 51 Mich.L.Rev. 465 (1951/52); Harper and James, Torts § 22.11; Smith-Prosser, Cases on Torts S. 578.

54) Smith-Prosser aaO sprechen von den USA als dem "last stronghold".

55) Law Reform (Contributory Negligence Act) Act von 1945, 8 & 9 Geo. 6, c. 28 s. 1. Vgl. auch Williams, Joint Torts and Contributory Negligence (1951) §§ 55 ff.

England hat sich dabei offenbar an die kontinentaleuropäischen Vorbilder gehalten.

Arbeit nicht von Interesse sind ⁵⁶⁾, ist in den USA der Grundsatz einer Schadensteilung nach dem Maß der beiderseitigen Schuld verwirklicht. In einigen Staaten gilt eine eingeschränkte rule of comparative negligence; nur in einem einzigen Staat hat allgemein der Grundsatz der Schadensteilung nach dem Maß der Schuld Eingang gefunden. ⁵⁷⁾

56) Vgl. im einzelnen zu der Entwicklung der comparative negligence rule Prosser aaO (Anm. 53).

Diese rule hat sich in den folgenden Bereichen durchgesetzt:

Das common law kannte schon immer auf dem Gebiet des Seerechts den Grundsatz einer Schadensteilung, allerdings in der Form der Halbierung des Schadens. Diese Regelung ist in den USA beibehalten worden, während die übrigen meisten Staaten, darunter auch England, gemäß der Brüsseler Konvention von 1911 heute eine Schadensteilung nach dem Maß der Schuld vornehmen (vgl. Prosser aaO S. 17; Smith-Prosser, Cases on Torts 2d ed. S. 610).

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ist zunächst bei Unfällen von Bahnangestellten durch den Federal Labor Act von 1908, später auch für andere Bereiche durch Gesetze der einzelnen Staaten die rule of comparative negligence eingeführt worden, so daß bei Arbeitsunfällen heute die contributory negligence eines Arbeitnehmers nicht zum völligen Ausschluß eines Ersatzanspruches führt (vgl. Prosser aaO S. 24 ff).

57) Ursprünglich hatten die Staaten Illinois und Kansas eine Regelung, wonach die contributory negligence dann keinen Ausschluß des Ersatzanspruches bedeutete, wenn sie nur "slight" oder "ordinary negligence" darstellte (vgl. Prosser aaO S. 19 ff). Dieser Versuch führte zu Abgrenzungsschwierigkeiten und ist bald wieder aufgegeben worden, außerdem bedeutete die Regelung keine Schadensteilung.

Die Staaten Arkansas, South Dakota und Nebraska (vgl. den Wortlaut der statutes in Smith-Prosser aaO 2d ed. 610, in der 3. Aufl. S. 578 nicht aufgeführt) kennen heute eine Schadensteilung, wenn die contributory negligence "slight im Verhältnis zur negligence des Beklagten war.

Die Staaten Wisconsin und Arkansas (vgl. Prosser-Smith aaO) haben gesetzlich festgelegt, daß contributory negligence keine defense for recovery ist, wenn das Mitverschulden nicht so groß wie das Verschulden des Beklagten ist. Arkansas hat sein 1955 eingebrachtes Gesetz schon 1957 im Sinne Wisconsins geändert.

Missouri ist seit 1908 der einzige Staat, der eine allgemeine Schadensteilung vorsieht entsprechend dem beiderseitigen Verschulden.

In der Rechtsprechung dieses Staates hat sich aber kein Fall finden lassen, in

Trotz der einhelligen Ablehnung der contributory negligence rule durch die Wissenschaft und obwohl mehrfach Gesetzesvorschläge im Sinne einer comparative negligence rule eingebracht worden sind ⁵⁸⁾, ist in den letzten sechzehn Jahren nur in einem einzigen Staat, nämlich Arkansas, und dort nur in unvollkommener Form, der Grundsatz der comparative negligence durch Gesetz verwirklicht worden.

Die folgende Untersuchung wird deshalb von den geschilderten überkommenen Grundsätzen der contributory negligence auszugehen haben. Sie wird jedoch berücksichtigen, daß der Einwand der contributory negligence viel von seiner ursprünglichen Bedeutung und Wirksamkeit verloren hat und daß der Grundsatz des "Alles oder Nichts" nicht mehr unangefochten gilt.

§ 8

Fehlendes eigenes Verschulden des Kindes als Voraussetzung einer Zurechnung fremden Verschuldens

I. Die Frage der Zurechnung eines fremden mitwirkenden Verschuldens taucht nur dann auf, wenn dem verletzten Kind nicht selbst ein Schuldvorwurf gemacht werden kann. ⁵⁹⁾

Fortsetzung der Fußnote 57) von Seite 46:

dem diese von der allgemeinen contributory negligence rule abweichende Regelung für die rule of imputed negligence als bedeutungsvoll erklärt wurde.

58) Nach Prosser aaO S. 67 spricht eine allgemeine Schadensteilungsnorm nach dem Maß des Verschuldens "für sich selbst". Er macht dort auch einen entsprechenden detaillierten Lösungsvorschlag.

Prosser-Smith aaO S. 610 weisen auf die verschiedentlich eingebrachten Gesetzesentwürfe hin.

Zwei Gründe stehen offenbar vor allem einer Einführung der comparative negligence rule entgegen:

Einmal der Widerstand der Versicherungsgesellschaften, zum anderen das Mißtrauen gegenüber der Fähigkeit der jury, die Schadensteilungsnorm überhaupt anwenden zu können (vgl. Prosser-Smith aaO S. 610). Dieser zweite Grund scheint entscheidend zu sein.

59) Vgl. zum deutschen Recht oben S. 7 ff.

Grundsätzlich unterscheidet auch das amerikanische Recht zwischen der allgemeinen Verantwortlichkeit und der Feststellung des Verschuldens im Einzelfall. ⁶⁰⁾ Nur ein Kind, das "sui juris" ⁶¹⁾ ist, das also die Fähigkeit (capacity) besitzt, überhaupt verantwortlich zu handeln und Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten auszuüben, kann schuldhaft gegen seine eigenen Interessen verstoßen. Die Frage nach dem Verschulden, d.h. der Verletzung des für das Kind zutreffenden Sorgfaltsmaßstabes, ist nur gerechtfertigt, wenn die allgemeine Verantwortlichkeit zu bejahen ist. ⁶²⁾

Das common law der Einzelstaaten Nordamerikas hält nun bei der Abgrenzung der Verantwortlichkeit von Kindern nicht viel von der Festsetzung bestimm-

60) Diese Unterscheidung ist in der Theorie durchaus anerkannt; vgl. etwa Wilderman, Note: Contributory negligence of children in Indiana, 34 Ind. L. Rev. 511 (1959); 174 ALR 1080, 1083.

61) Der Sinn dieses Begriffs ist mangels dogmatischer Klarheit nicht einheitlich, vor allem nicht in der Praxis der Gerichte. Auch die Bezeichnungen in Black's Law Dictionary ergeben einen unterschiedlichen Inhalt: einmal "having capacity to manage one's own affairs", andererseits "of his own rights" oder "possessing full social and civil rights".

In der Regel bedeutet jedoch der Terminus "sui juris", daß ein Kind die Grenze zur Verantwortlichkeit überschritten hat, daß es als fähig angesehen wird, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen. Es gibt allerdings auch Staaten, die "to be sui juris" mit der Fähigkeit gleichsetzen, die "discretion" eines Erwachsenen auszuüben.

In der Entscheidung des Court of Appeal of New York, Jacobs v. H.J. Koehler Sporting Goods Co., 102 NE 519 (1913), kommt die allgemeine Auffassung von "sui juris" besonders deutlich zum Ausdruck: "An infant may be of such tender years as to be incapable of contributory negligence. At such age the child is termed to be non sui juris ... Later, they emerge from this condition, and are responsible for their failure to exercise reasonable care; but they are only ... required to exercise the degree expected from one of its years..."

In diesem Sinn wird die Bezeichnung "sui juris" auch im Lauf der Arbeit gebraucht werden. Sie entspricht dann etwa dem deutschen Begriff der fehlenden Verantwortlichkeit.

Vgl. auch die Annotation: Modern trends as to contributory negligence of children, 107 ALR 4, 161 f., 174 ALR 1080, 1158; 77 ALR 2d 917 (1961).

62) In der Praxis der Gerichte werden diese beiden Fragen häufig jedoch nicht auseinandergehalten.

ter Altersgrenzen. 63)

Nur ein kleiner Teil der Staaten nimmt - entsprechend der sogenannten "Illinois-rule" 64) - eine Grenzziehung nach festen Altersstufen vor, wie sie etwa der Bestimmung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entspricht; danach sind Kinder bis zu sieben Jahren nicht verantwortlich, zwischen sieben und vierzehn Jahren besteht eine Vermutung für fehlende Einsichtsfähigkeit.

63) Im Gegensatz zum deutschen Recht, das in § 828 BGB bei sieben und achtzehn Jahren feste Altersgrenzen zieht (vgl. oben S. 9 ff).

64) Als Illustration der Illinois-rule mögen besonders folgende Entscheidungen dienen: Chicago City Ry. Co. v. Wilcox, 27 NE 899 (Ill. 1891): Bei der Verletzung eines sechsjährigen Jungen erörtert der Gerichtshof die beiden sich gegenüberstehenden Regeln, ohne sich aber endgültig zu entscheiden, denn im gegebenen Fall war der Junge auf keinen Fall contributorily negligent.

Deutlicher wird das Gericht schon in Chicago City Ry. Co. v. Tuohy, 63 NE 997 (1902), wo es ebenfalls um die Verletzung eines fünf- bis sechsjährigen Jungen ging: "Ein Kind unter sechs Jahren ist regelmäßig frei von Verantwortlichkeit, as a matter of law, is prima facie incapable of exercising care for his own safety."

In Maskaliunas v. Chicago & W.I.R. Co., 149 NE 23 (1925): Ein siebenjähriger Junge ist beim Aufspringen auf einen Zug verletzt worden, steht die rule endgültig fest: A child under the age of seven years is incapable of contributory negligence (Über sieben ist es allerdings eine Frage für die jury).

In Romine v. City of Watseka, 91 NE 2d 76 (1950), wird die rule weiter bestätigt (fünfjähriger Junge ist wegen einer Senkung in der Straße aus einem Lastwagen gefallen).

Staaten, in denen diese rule ebenfalls gilt, sind u. a. Iowa (Brekke v. Rothermal, 196 NW 84 (1923): A child of six years is presumed incapable of contributory negligence); Louisiana (Westerfield v. Lewis, 9 S 52 (1891): 5-6jähriger Junge ist auf eine unbeaufsichtigte Straßenwalze geklettert und unter die Walze geraten - tödliche Verletzungen -: "he was prima facie incapable of taking care").

Vgl. die weiteren Nachweise in 174 ALR 1103 ff.

Die weitaus überwiegende Zahl der nordamerikanischen Staaten widersetzt sich jedoch einer solch starren Festsetzung bestimmter Altersstufen.⁶⁵⁾ Die "Illinois-rule" wird als ziemlich willkürlich und mechanisch⁶⁶⁾ abgelehnt.

Besonders die Gerichte in Massachusetts sind als Gegner einer festen Grenzziehung aufgetreten, so daß die großzügigere Regel auch unter dem Namen "Massachusetts-rule" bekannt ist.⁶⁷⁾

65) Vgl. die Annotations: Modern trends as to contributory negligence of children, 107 ALR 4 ff.; 174 ALR 1080; 77 ALR 2d 917 (1961).

Vgl. auch Smith-Prosser, Casebook on Torts, S. 204; Wilderman, Note: 34 Ind. L. Rev. 511, 513 (1959).

Eine schöne Zusammenstellung des Für und Wider beider rules findet sich in der Entscheidung des Supreme Court of Michigan, Tyler v. Wood, 285 Mich. 460, 280 NW 827 (1938).

66) Vgl. Harper and James aaO S. 926;

s. etwa auch die harte Zurückweisung in der Entscheidung des Supreme Court of Minnesota in Eckhardt v. Hanson, 264 NW 776, 107 ALR 1 (1936): Ein sechsjähriger Junge ist beim Aussteigen aus dem Auto seines Lehrers von dem Beklagten angefahren worden. Bei der Beurteilung der contr. negl. des Jungen erklärte das Gericht: "The Illinois rule has no basis in sound reason or logic, ... she is based upon an outwore historical rule of criminal law ..."

Gegen diese Illinois-rule sind vor allem auch die Gerichte des Staates Massachusetts, vgl. unten Anm. 67.

67) Diese rule wird besonders deutlich in den folgenden Entscheidungen:

Sullivan v. Boston Elevated Ry. Co., 78 NE 382 (Mass. 1906): Die contributory negligence eines vierjährigen Jungen ist eine Frage für die jury.

Dowd v. Tighe, 95 NE 853 (1911): Die contributory negligence eines dreieinhalbjährigen Mädchens, das von einem Lastwagen überfahren wurde, ist für die jury (Dagegen allerdings die Entscheidung Minsk v. Pitaro, 187 NE 224 (1933): Im Alter von 3 1/2 ist ein Junge "presumed not to possess sufficient discretion, as a matter of law").

Bessey v. Salemme, 19 NE 2d 75, 123 ALR 1156 (1939): Ein neunjähriger Junge im Auto seines Vaters wird von der jury für fähig gehalten, Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten auszuüben.

In Friedman v. Berthiaume, 21 NE 2d 261 (1939) sind drei Jungen im Alter von 12, 8 und 6 Jahren im Auto verletzt worden. Ihre contr. negl. wurde von der jury verneint.

Schließlich wird die rule in Dennehy v. Jordan Marsh Co., 71 NE 2d 758 (1947) bestätigt, als sich ein 4 1/2jähriger Junge beim Spielen in einer Kiste

Die meisten amerikanischen Staaten überlassen daher innerhalb der Altersgrenzen von etwa drei Jahren und den späten Jahren der Jugend, wo wiederum die Einsichtsfähigkeit "as a matter of law" gegeben ist, die Feststellung der Schuldfähigkeit der jury "as a matter of fact". ⁶⁸⁾

Die Altersgrenze von drei Jahren wird dabei aus rein praktischen Erwägungen gezogen. In einem jüngeren Alter kann vernünftigerweise eine Verantwortlichkeit nicht mehr angenommen werden. Unter drei Jahren ist also ein Kind "non sui juris, as a matter of law". ⁶⁹⁾

Innerhalb dieses mehr oder weniger anerkannten Rahmens lassen sich aber kaum noch einheitliche Feststellungen treffen. ⁷⁰⁾ Manche Staaten ziehen die

Fortsetzung der Fußnote 67) von Seite 50:

verletzt hat, welche Angestellte des Beklagten im Hof hatten stehen lassen.

Aus diesen Entscheidungen läßt sich ersehen, daß die Massachusetts-rule nicht in jedem Alter die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit bejaht, sondern daß sie die absolute Altersgrenze einer Schuldunfähigkeit nach unten verlegt und erst beim Alter von drei Jahren zieht; damit überläßt sie der jury einen größeren Spielraum (vgl. auch Anno 174 ALR 1103).

- 68) Diese Grundsätze einer Grenzziehung zwischen zwei extremen Altern kommen besonders deutlich in den folgenden Entscheidungen zum Ausdruck: Grant v. Bangor Ry. & Electr. Co., 83 A 121 (Maine 1912): Ein fünfjähriges Mädchen ist auf der Straße verletzt worden. In diesem Fall ist die contributory negligence des Mädchens "a question of fact, for the jury". Johnson's Adm'r v. Rutland R. Co., 106 A 682 (Vermont 1913): Ein sechsjähriges Mädchen ist an einer Kreuzung vom Zug der Beklagten tödlich überfahren worden. In diesem Alter sei es "a question for the jury", ob eine contributory negligence gegeben ist oder nicht.
- 69) Diese Altersgrenze von drei Jahren wird allgemein eingehalten; vgl. die Annotations 107 ALR 71 ff.; 174 ALR 1153 ff.; Harper and James aaO S. 926.
- Eine der wenigen Entscheidungen, die die Feststellung der Verantwortlichkeit eines Kindes unter drei Jahren der jury überläßt, ist United RYS & Electr. Co. of Baltimore v. Carneal, 72 A 771 (Maryland 1909), wo ein knapp dreijähriges Mädchen auf der Straße überfahren wurde.
- 70) Die Nachweise können in diesem Bereich nicht vollständig sein. Die Annotations 107 ALR 4 ff. (1936), 174 ALR 1080 ff. (1948) und 77 ALR 2d 917 (1961) (vgl. oben Anm. 63) führen für jedes Alter Entscheidungen der einzelnen Staaten an und vermitteln einen Überblick über die überwältigende Vielzahl und Mannigfaltigkeit der Regelung in jedem einzelnen Staat. Es mögen hier einzelne Beispiele angeführt werden. So zieht etwa der Staat New York die

Grenze der generellen Nichtverantwortlichkeit eines Kindes nicht beim Alter von drei Jahren, sondern erst bei einem Alter von vier oder fünf Jahren. Besonders bei der Abgrenzung der Schuldfähigkeit in den Jahren zwischen sieben und vierzehn sind die Unterschiede in den einzelnen Staaten groß. Für Kinder dieser Altersgruppen besteht in einigen Staaten eine widerlegbare Vermutung ihrer Schuldunfähigkeit, in anderen spricht der erste Anschein gegen die Fähigkeit, Sorgfalt auszuüben, andere stellen überhaupt keine festen Regeln auf, sondern überlassen die Feststellung der Verantwortlichkeit allein der jury.

Die Regelung im einzelnen kann hier nicht weiter verfolgt werden. ⁷¹⁾

Bei einer Übersicht über die Entscheidungen in tatsächlicher Hinsicht zeigt es sich, daß trotz der größeren Entscheidungsfreiheit der Gerichte im allgemeinen Kinder im Alter bis zu etwa acht Jahren als nicht verantwortlich behandelt werden, während oberhalb dieser Altersgrenze eher eine Vermutung für die vorhandene Verantwortlichkeit besteht. Diese Grenze kann sich im Einzelfall nach

Fortsetzung der Fußnote 70) von Seite 51:

Grenze im allgemeinen bei vier Jahren; vgl. etwa Meyer v. Inguaggiato, 16 NYS 2d 672 (1940): "A child under the age of four is non sui juris, as a matter of law." Der 3 1/2-jährige Junge war auf der Straße überfahren worden. Ebenso Day v. Johnson, 39 NYS 2d 203 (1943) (allerdings mit dem unverständlichen Nachsatz, die capacity müsse doch von der jury entschieden werden); vgl. auch Verni v. Johnson, 68 NE 2d 431, 174 ALR 1078 (1946): "Ein Kind unter drei Jahren ist unwiderleglich unfähig, contributory negligence auszuüben". Dagegen ist die Frage der capacity von Kindern über vier Jahren im allgemeinen von der jury zu entscheiden; vgl. Serano v. New York Cent. & H.R.R. Co., 80 NE 1025 (1907), wo ein knapp sechsjähriges Mädchen beim Überqueren von Bahngleisen angefahren wurde; oder Lafferty v. Third Ave. R. Co., 83 NYS 405 (1903): Ein sechsjähriges Mädchen ist unter einen Straßenbahnwagen geraten.

Einer der wenigen Staaten, die schon beim Alter von vier Jahren die Feststellung der capacity der jury überlassen, ist Connecticut; vgl. Colligan v. Reilly, 26 A 2d 231 (1942): Ein vierjähriges Mädchen hat im Hof des beklagten Vermieters durch ein Feuer Verbrennungen erlitten. Die Klage wurde abgewiesen, weil die Kl. nicht nachweisen konnte, daß sie frei von Schuld war!

71) Vgl. dazu die in der vorigen Anm. erwähnten Annotations.

oben 72) oder nach unten 73) verschieben, aber an dem allgemeinen Bild ändert sich dadurch nichts Entscheidendes.

II. Wenn die allgemeine Verantwortlichkeit und Schuldfähigkeit eines Kindes feststeht, ist Raum für die Prüfung des Verschuldens im konkreten Einzelfall.

Als Maßstab gelten bei der negligence wie bei der contributory negligence 74) gewisse allgemeine Sorgfaltpflichten, und zwar wird das Verhalten einer

72) Etwa, weil sich die Kinder in Begleitung der Eltern befinden; vgl. z.B. Day v. Cunningham, 133 A 855, 47 ALR 1229 (Maine 1926), wo sich nach Ansicht des Supreme Judicial Court der achtjährige Kläger auf die Aufmerksamkeit seiner ihn begleitenden Mutter verlassen durfte und daher keine eigene Sorgfalt ausüben mußte.

73) In Witt v. Houston, 246 P2d 753 (Oklahoma 1952), wurde ein fünfjähriges Kind, das auf dem Weg in den Kindergarten in ein Auto lief, für contributorily negligent gehalten; vgl. auch die Entscheidung Colligan v. Reilly, (Conn.) (oben Anm. 70).

Der Begriff "kleine Kinder" umfaßt daher wie im deutschen Recht (vgl. oben Anm. 1) Kinder im Alter bis etwa zu vierzehn Jahren, denen allgemein oder im Einzelfall ein eigenes Mitverschulden nicht vorgeworfen werden kann.

74) Im amerikanischen Recht galt bisher als unbestrittener und überlieferter Grundsatz, daß die gleichen Sorgfaltsmaßstäbe für negligence wie für contributory negligence Anwendung finden, daß also die Person des "reasonable man" in beiden Bereichen die gleiche Funktion habe; vgl. Prosser, Torts § 51; Smith-Prosser, Casebook on Torts S. 552.

Indessen ist mit einleuchtender Begründung bezweifelt worden, ob tatsächlich die gleichen Maßstäbe angewendet werden.

Denn die Feststellung der negligence wie der contributory negligence trifft die jury. Diese ist aus psychologischen, nicht immer aufzuklärenden Gründen wohl eher geneigt, dem Opfer eines Unfalls zu helfen, zumal es sich bei dem Verletzten häufig um eine Einzelperson handeln wird, während auf der Seite des Schädigers eine große Firma oder ein Verband steht. Sie beurteilt dann das Verhalten des Geschädigten nicht mit denselben Maßstäben, wie wenn seine aktive Verantwortlichkeit in Frage stünde. Es kommt hinzu, daß manche Gerichte ausdrücklich im Rahmen der eigenen Interessenwahrung nicht die gleiche Sorgfalt erwarten wie bei der Einhaltung der Pflicht gegenüber anderen. Schließlich spielt wohl auch eine Rolle, daß die "Alles oder

hypothetischen Person zum Vergleich herangezogen, des sogenannten "reasonable man" 75). Unter den Standard "what a reasonable man of ordinary prudence would do under the circumstances" 76) darf ein Verhalten nicht absinken, sonst wird es als schuldhaft angesehen.

Dieser "reasonable man" ist nur eine Abstraktion des Rechts, eine gedachte Durchschnittsperson von normaler Intelligenz und Einsichtsfähigkeit, der Repräsentant des Gemeinschaftsideals eines vernünftigen Verhaltens. Er ist zwar nicht eine vollkommen fehlerfreie Person, sondern der "Mann von der Straße" 77). Er muß jedoch gewissen Mindestanforderungen der Gesellschaft genügen, und nicht alle Eigenschaften werden zu seiner Entschuldigung berücksichtigt. Es greift vielmehr im allgemeinen ein objektiver Maßstab ein 78).

Fortsetzung der Fußnote 74) von Seite 53:

nichts"-rule der contributory negligence in vielen Fällen als unbefriedigend empfunden und daher der Einwand gar nicht berücksichtigt wird.

Zum Teil wird heute in der Literatur ausdrücklich die Anerkennung eines verschiedenen Maßstabes gefordert, vor allem von James, *Accident liability reconsidered*, 57 Yale L.J. 549 (1948); James and Dickinson, *Accident proneness and accident law*, 63 Harv. L. Rev. 769; Harper and James, *Torts* § 22. Der Frage kann hier jedoch nicht näher nachgegangen werden.

75) Vgl. dazu Prosser, *Torts* § 31; Harper and James, *Torts* § 16.2; Terry, *Negligence*, 29 Harv. L. Rev. 40, 47 (1915); Smith-Prosser, *Casebook on Torts* S. 185.

76) Vgl. Smith-Prosser aaO S. 185.

77) Von einem englischen Richter ist der "reasonable man" charakterisiert worden als "the man who takes the magazines at home, and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves"; in Hall v. Brooklands Auto Racing Club, 1 K.B. 205, 224 (1933).

78) Vgl. dazu Seavey, *Negligence, subjective or objective?* 41 Harv. L. Rev. 1 (1927); Prosser, *Torts* § 51.

Grundsätzlich gilt also ein objektiver Maßstab. Auch im amerikanischen Recht gibt es Bestrebungen, einem subjektiven Maßstab zum Durchbruch zu verhelfen, und zwar mit der Begründung, die gesetzliche Haftungsschuld müsse mit der persönlichen, moralischen Schuld in Übereinstimmung gebracht werden. Es ist der Versuch, "to refine the fault principle"; vgl. etwa James and Dickinson, *Accident proneness and accident law*, 63 Harv. L. Rev. 769, 783 (1950). Diese Ansicht hat sich nicht durchsetzen können. Im Schadensersatzrecht geht es in erster Linie um eine gerechte Verteilung des Schadens auf die Allgemeinheit; hinter diesem Gesichtspunkt muß der extreme Schuldmaßstab zurücktreten.

Trotzdem gilt nicht für alle Menschen der gleiche Sorgfaltsmaßstab; für bestimmte Personengruppen gelten vielmehr gewisse typische Sorgfaltspflichten.

Für minderjährige Kinder ⁷⁹⁾ gilt nun anerkanntermaßen im Bereich der contributory negligence nicht derselbe Sorgfaltsmaßstab wie für Erwachsene. Auch das amerikanische Recht trägt der Entwicklung eines Kindes bis zur Reife durch Abstufung der Sorgfaltsanforderungen und durch Berücksichtigung seiner persönlichen Eigenschaften Rechnung. ⁸⁰⁾ Der Maßstab für das Verhalten eines Kindes wird daraus gewonnen, wie sich "ein Kind desselben Alters, derselben Intelligenz und Erfahrung unter entsprechenden Umständen verhalten hätte" ⁸¹⁾.

Damit ist für den Bereich der contributory negligence ⁸²⁾ anerkannt, daß für Kinder nicht derselbe Maßstab gilt wie für Erwachsene. Trotzdem handelt es

79) S. bes. Shulman, The standard of care required from children, 37 Yale L.J. 618 (1928).

80) Vgl. zum deutschen Recht oben S. 10.

81) So lautet die normale Kombination in den Gerichtsentscheidungen; vgl. die Annotations: Contributory negligence of children, 107 ALR 4 ff. (7 f.) (1936) und 174 ALR 1080 ff., 1084 (1948) sowie: Modern trends as to contributory negligence of children, 77 ALR 2d 917 (1961). Vgl. auch Wilderman, Note: Contributory negligence of children in Indiana, 34 Ind. L. Rev. 511 (1959).

Außer "age, intelligence, experience" werden aber auch andere Eigenschaften als vergleichbar angeführt, so z.B. "capacity, discretion, knowledge ... unter the circumstances". Irgendeine Kombination findet sich fast in jeder Entscheidung, die mit contributory negligence eines Kindes zu tun hat. Als Beispiel seien hier angeführt: Maskaliunas v. Chicago & W.I.R. Co., 149 NE 23 (Ill. 1925): "age, capacity, experience, intelligence"; Roberts v. Ring, 173 NW 437 (Minn. 1919): "age and maturity"; Rutkowski v. Connecticut Light & Power Co., 123 A 25 (Conn. 1923): "age, judgement, experience"; usw. ... Die Fälle sind Legion.

82) Für die contributory negligence gilt dieser Grundsatz der Berücksichtigung der Eigenschaften des Kindes und damit einer teilweisen Abweichung vom allgemeinen Sorgfaltsmaßstab uneingeschränkt. Vgl. die erwähnten Annotations, wo eine überwältigende Zahl von Entscheidungen verarbeitet ist, die sich in diesem Sinne aussprechen. Für den Bereich der primary negligence ist die Frage nicht so eindeutig geklärt. Es gibt - besonders im Vergleich zur contributory negligence - nur verschwindend wenige Fälle, die sich mit dem standard von Kindern bei haftungsbegründender negligence befassen.

Vgl. die Nachweise in 73 ALR 1266 (1931) im Anschluß an den leading case

sich nicht um einen rein subjektiven Test, sondern um einen allgemeinen Maßstab, denn das Verhalten eines Kindes wird mit dem eines vernünftigen und entwickelten Kindes der gleichen Altersstufe verglichen. ⁸³⁾

III. In den Fällen nun, in denen einem verletzten Kind eine eigene contributory negligence nicht vorgeworfen werden kann, weil es nicht schuldfähig war oder weil im konkreten Einzelfall ein Verschulden nicht festgestellt

Fortsetzung der Fußnote 82) von Seite 55:

Charbonneau v. McRury, 153 A 457 (Supreme Court of New Hampshire 1931), wo ein siebzehnjähriger Autofahrer nicht für einen Unfall verantwortlich erklärt wurde, weil für ihn nicht der Sorgfaltsmaßstab eines Erwachsenen gelte. Vgl. auch die Annotation: Liability of infant for injuries inflicted at play, 173 ALR 890, sowie Bohlen, Liability in Tort of Infants and Insane Persons, 23 Mich. L. Rev. 9 (1924); Prosser, Torts S. 127; Smith-Prosser aaO S. 205.

Im allgemeinen tritt die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung auch im Bereich der primary negligence für einen eingeschränkten objektiven Maßstab ein, der die Entwicklung des Kindes berücksichtigt, jedenfalls bei Betätigungen, die typisch für Kinder sind wie Spielen usw.

Zweifelhaft wird die Frage bei Handlungen, die normalerweise Erwachsenen vorbehalten sind. Hier wird jedenfalls der standard für den Jugendlichen, etwa beim Autofahren, sich nicht wesentlich von dem eines Erwachsenen unterscheiden können.

Vgl. Smith-Prosser aaO.

Ausdrücklich für einen unterschiedlichen Maßstab bei Jugendlichen im Bereich der negligence und contributory negligence James, Accident Liability reconsidered: The Impact of Liability Insurance, 57 Yale L.J. 549 (1948), der unter Hinweis auf die Versicherung vieler Jugendlicher durch ihre Eltern im Bereich der primary negligence an Jugendliche den normalen Maßstab eines Erwachsenen anlegen will, um bei dem Fehlen einer gesetzlichen Haftpflichtversicherung zu gerechteren Haftungsergebnissen zu gelangen.

Der Frage kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

83) Vgl. Shulman aaO, bes. S. 625.

In Hayes v. Norcross, 39 NE 282 (1895) etwa hat der Supreme Judicial Court of Massachusetts deutlich auf die Objektivierung auch des Maßstabes für Jugendliche hingewiesen, als er einen 5 1/2jährigen Jungen beim Überqueren einer Straße für careless hielt, im Vergleich zum "conduct of a boy who is ordinarily careful".

werden konnte ⁸⁴⁾, ergibt sich das Problem, ob sich das verletzte Kind ein Verschulden seiner Eltern oder anderer Aufsichtspersonen als eigenes Verschulden anrechnen lassen muß. Diese Frage wird im amerikanischen Recht unter dem Stichwort der "imputed contributory negligence" behandelt.

ZWEITER ABSCHNITT DIE ZURECHNUNG DES VERSCHULDENS VON AUFSICHTSPERSONEN GEGENÜBER KLEINEN KINDERN (RULE OF IMPUTED CONTRIBUTORY NEGLIGENCE)

A. Darstellung und Entwicklung
der rule of imputed contributory negligence
zwischen Aufsichtspersonen und Kindern bis etwa 1920 ⁸⁵⁾

§ 9 Die Hartfield-Doktrin

I. Das Problem der Zurechnung des Mitverschuldens eines Elternteils

84) Man könnte diese Abgrenzung auch folgendermaßen formulieren: "in denen ein Kind aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht schuldhaft gehandelt hat".

Aus rechtlichen Gründen ist ein Kind ganz allgemein nicht fähig, contributory negligence auszuüben, wenn es nicht verantwortlich, "non sui juris" ist. Aus tatsächlichen Gründen kann trotz Bejahung der generellen Verantwortlichkeit im Einzelfall eine contributory negligence verneint werden, wenn das Kind nicht hinter dem Verhalten eines normalen anderen Kindes zurückgeblieben ist.

Die Abgrenzung wird von den Gerichten nicht immer klar vollzogen, so daß die Arbeit von beiden Fällen auszugehen hat.

85) Allgemeine Literaturnachweise: F. James, Imputed Contributory Negligence, 14 La. L. Rev. 340 (1954); dieser Aufsatz ist im wesentlichen identisch mit den Ausführungen in Harper and James, Torts § 23; Prosser, Torts § 54; Note: Some aspects of imputed negligence, 80 U. Pa. L. Rev. 1123 (1932); Annotation: Imputing negligence of parent or custodian to child in acting by or on behalf of child for personal injury, 15 ALR 414 (1921).

gegenüber dem Anspruch eines kleinen Kindes aus eigenem Recht ⁸⁶⁾ für seine

86) 1. Für das amerikanische Recht ist genauso wie für das deutsche Recht (vgl. oben S. 5f) die Unterscheidung wesentlich zwischen Ansprüchen des Kindes aus eigenem Recht, die ihm aus der Verletzung des Rechtsguts des Körpers oder der Gesundheit entstehen, und den Ansprüchen der Eltern aus deren Rechtskreis, die ihnen unter Umständen aus derselben Verletzung als Ersatz für die Aufwendungen und Heilungskosten sowie vor allem als Ansprüche für verlorengegangene Dienste (loss of services) erwachsen können, welche die Kinder ihren Eltern hätten leisten können.

Die Ansprüche des Kindes und der Eltern bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander.

Besonders deutlich wird die Unterscheidung dieser beiden Ansprüche, die aus der körperlichen Verletzung eines Kindes entstehen können, in der Entscheidung des Supreme Court of Connecticut, Shiels v. Audette, 174 A 329, 94 ALR 1206 (1934): Ein dreizehnjähriger Junge ist auf Einladung des Fahrers eines Lastwagens mitgefahren und dabei vom Lastwagen heruntergefallen und verletzt worden. Die Klagen des Jungen und seines Vaters wurden abgewiesen, weil dem Beklagten nicht "reckless negligence" nachgewiesen werden konnte, welche Schuldform nach dem Gesetz des Staates für eine Haftung der Fahrers gegenüber dem Fahrgast notwendig war.

Vgl. auch die Nachweise in 39 Am. Jur., Parent and Child, § 74.

Die Arbeit hat es grundsätzlich nur mit Fällen zu tun, in denen es um die Ansprüche des Kindes aus eigenem Recht geht. Nur insoweit spielt das Problem der Zurechnung des elterlichen Verschuldens eine Rolle.

2. Hat die Verletzung des Kindes zu dessen Tod geführt, so liegt der Problemkreis der Ansprüche der Hinterbliebenen eigentlich auch außerhalb des Rahmens dieser Arbeit.

Es geht dann nicht um die Frage der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens gegenüber dem Kind, sondern es handelt sich allenfalls um das Problem, ob sich die hinterbliebenen Anspruchsberechtigten ein eigenes Mitverschulden entgegenhalten lassen müssen oder ob sich das mitwirkende Verschulden eines Teils der Hinterbliebenen zum Nachteil der anderen auswirkt.

Trotzdem wird es sich nicht vermeiden lassen, in nicht unerheblichem Umfang auch Entscheidungen in die Arbeit einzubeziehen, in denen der Unfall zum Tod des Kindes geführt hat.

Aus zwei Gründen wird das Problem der imputed contributory negligence häufig in diesen Fällen erörtert: Einmal richten sich in vielen Staaten die Ansprüche der Hinterbliebenen nach der Rechtslage, wie sie zum Zeitpunkt des

Verletzungen hat sich für die amerikanische Rechtsprechung, soweit ersichtlich, zum ersten Male im Jahre 1839 ergeben, als der Supreme Court of New York im Falle Hartfield v. Roper ⁸⁷⁾ über die Klage eines zwei- bis dreijährigen Jungen zu entscheiden hatte, der auf einer gebahnten Schlittenbahn vom Pferdeschlitten des Beklagten überfahren und verletzt worden war. Das Gericht rechnete dem Kind das Aufsichtsverschulden seines Vaters zu, der es unbeaufsichtigt hatte auf die Straße gelangen lassen, und gab dem Berufungsbegehren des Beklagten auf Anordnung einer neuen Verhandlung vor der Jury statt. Justice Cowen begründete die Zurechnung unter mehreren Gesichtspunkten:

a) In dem jungen Alter von zwei bis drei Jahren könne das Kind nicht persönlich die erforderliche Sorgfalt für seine Person ausüben; dafür müsse das Gericht es durch andere verantwortlich machen, wenn überhaupt der Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme und Sorgfalt im Verkehr zur Geltung kommen solle. . . Man müsse eben dann von dem die Sorgfalt verlangen, dem die Ausübung der Sorge für das Kind übertragen sei.

b) "An infant is non sui juris". Es gehöre einem anderen, dessen Aufmerksamkeit in der Sorge für seine Person es anvertraut sei. "That person is keeper and agent for this purpose", und im Verhältnis zu Dritten müsse seine Handlungs-

Fortsetzung der Fußnote 86) von Seite 58:

Todes des Kindes bestand, und zum anderen wird die dogmatische Unterscheidung der beiden Ansprüche von zahlreichen Gerichten nicht erkannt oder nicht vollzogen.

Eine ausführliche Darstellung der Rechtslage im einzelnen bei Ansprüchen der Hinterbliebenen findet sich unten in § 18.

87) 21 Wend. 615, 34 Am. Dec. 273; Entscheidung übernommen aus Gregory and Kalven, Cases on Torts, S. 209; vgl. aber auch die ausführliche Wiedergabe in Chicago City Ry. Co. v. Wilcox, (Ill. 1891) 27 NE 899 (s. unten Anm. 116), und in Pastore v. Livingston, 131 NYS 971 (N.Y. City Court 1911) sowie die Darstellung der Gründe in Harper and James, Torts § 22 S. 1270 f. Der Supreme Court ist in New York - im Gegensatz zu den meisten anderen Staaten - nicht das höchste Gericht des Staates. Es ist deshalb im Grunde erstaunlich, daß gerade der Hartfield-case die weitere Rechtsprechung so ungeheuer beeinflusst hat. Auf diese Tatsache ist in manchen Entscheidungen hingewiesen worden, z. B. in Zarzana v. Neve Drug Co., (Cal. 1919, unten Anm. 104) oder South Covington & C. St. Ry. Co. v. Herrklotz, (Ky. 1898, unten Anm. 104).

Indessen ist auch die Rechtsprechung des höchsten Gerichts in New York, des Court of Appeals, der Hartfield-Doktrin in zahlreichen Entscheidungen gefolgt (vgl. unten § 16 I 5).

weise als die des Kindes angesehen werden. "His neglect, the infant's neglect", so daß der Grundsatz eingreife: "Qui facit per alium, facit per se".

c) Ein Kind sei persönlich für seine unerlaubten Handlungen verantwortlich. Das gleiche müsse gelten, wenn es selbst durch eine unerlaubte Handlung Schaden erlitten habe. Es könne nicht von seinem eigenen Unrecht profitieren. "Volenti non fit iniuria." Es sei entschieden gerechter, daß das Kind sich zum Ersatz an seinen "custodian" halte, als daß dieser dritte Personen vor Gericht mit einer Klage überziehe und für sein eigenes schuldhaftes Verhalten noch einen Vorteil erlange.

d) Vielleicht war der wichtigste Grund für die Entscheidung des Gerichts der Zweifel, ob dem Beklagten unter den gegebenen Umständen überhaupt ein Schuldvorwurf gemacht werden konnte. Jedenfalls hielt ihn das Gericht nur für leicht fahrlässig, daß er das Kind in der Dämmerung auf der Schlittenbahn nicht entdeckt hatte, während es im Verhalten der Eltern eine grobe Fahrlässigkeit, wenn nicht gar ein "criminal neglect" erblickte. ⁸⁸⁾

Dieser Entscheidung entspricht das Urteil eines englischen Gerichts aus dem Jahre 1858 ⁸⁹⁾: Eine Großmutter, mit ihrer Enkelin an der Hand, war auf dem Wege zu einem Zug, für den sie gerade eine Fahrkarte gelöst hatte. Die beiden mußten zu diesem Zweck im Bahnhof ein anderes Gleis überqueren, wobei sie von einem Güterzug überfahren wurden. Die Großmutter wurde tödlich verletzt. Die Klage des fünfjährigen, schwer verletzten Mädchens gegen die Bahn wurde abgewiesen. Das Gericht begründete die Zurechnung der Sorglosigkeit der Großmutter nicht unter dem Gesichtspunkt einer "agency", es führte aber aus: "Die Beklagten setzten sich bei der Ausgabe der Fahrkarten dem Kind gegenüber keiner größeren Haftung aus als gegenüber der Großmutter. Uns scheint eine vollständige Identifikation zwischen Großmutter und Kind vorzuliegen". Dieser Fall bildet die Grundlage für die sogenannte "English rule".

88) Auf diesen Gesichtspunkt der Entscheidung wird eigenartigerweise nur selten hingewiesen; z. B. in Bottoms v. Seaboard & R.R.Co., 19 SE 730 (N.C. 1894, unten Anm. 146), unter Berufung auf Shearman, Negligence. Im Grunde werden auch hier schon Erwägungen sichtbar, die Anwendung der rule of contributory negligence auf die Fälle zu beschränken, in denen die Schuldformen gleich sind (vgl. oben Anm. 47, 49).

89) Waite v. North Eastern Ry.Co., El. Bl. & El. 719, 120 E.R. 679, 682 (Court of Queens Bench 1858) bestätigt vom Court of Exchequer Chamber aaO S. 682.

II. Bis zum Ende des letzten Jahrhunderts sind die Gerichte in zahlreichen Einzelstaaten der USA dieser durch die Hartfield-Entscheidung begründeten Lehre der imputed contributory negligence gefolgt, so daß sich aus der Anwendung der gleichen Prinzipien eine "Hartfield-Doktrin" oder auch "New York rule" herausbildete, die sich zur Zurechnung des Mitverschuldens der Eltern gegenüber Kindern bekannte. Es war ursprünglich die Mehrzahl der über eine selbständige, bedeutendere Gerichtsbarkeit verfügenden Staaten, die im gleichen Sinne entschieden, ohne allerdings immer selbst eine eigenständige Begründung für diese rule zu geben.⁹⁰⁾ Um 1890 sind als Anhänger der Hartfield-Doktrin mindestens die folgenden elf Staaten bekannt: California, Delaware, Illinois, Indiana, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New York, Wisconsin.⁹¹⁾

So hat etwa der Superior Court of Delaware⁹²⁾ in einem Fall entschieden, in dem ein neunjähriges Mädchen im Pferdewagen seines Vaters Verletzungen

90) Die Entscheidung Fitzgerald v. St. Paul, M. & M. Ry. Co. (Minn. 1882) (unten Anm. 93) spricht z. B. von über der Hälfte der Staaten, die sich für die "bessere" New York rule entschieden haben.

91) Die Entscheidung Newman v. Phillipsburgh Horse Car Ry. Co. (N.J. 1890, unten Anm. 107) zitiert neun der angeführten Staaten als Anhänger der New York rule. Unter Umständen ist auch Iowa noch dazu zu rechnen; vgl. die Entscheidung Slater v. Burlington, C.R. & N. Ry. Co., 71 Iowa 209, 32 NW 264 (1887), wo einem zwölfjährigen Jungen im Pferdewagen das Verschulden des Fahrers ohne weiteres zugerechnet wurde, das zu dem Zusammenstoß mit der Bahn beigetragen hatte, so daß ihm ein Ersatz für seine Verletzungen verweigert wurde.

Bei dieser Zahl von elf bzw. sogar zwölf Staaten ist einerseits zu berücksichtigen, daß noch längst nicht alle Gerichtsbarkeiten zu diesem Zeitpunkt Gelegenheit gehabt hatten, an Hand eines konkreten Falles zur Lehre von der Zurechnung Stellung zu nehmen.

Andererseits ist die Einschränkung zu machen, daß manche dieser Gerichte die rule nur beiläufig gebilligt haben, ohne in einem Fall wirklich die Zurechnung zum Nachteil des Kindes zu verwenden. Vgl. dazu auch weiter im Text.

Dem Verfasser ist es schließlich nicht möglich gewesen, die Nachweise immer bis zu ihren Anfängen zurückzuverfolgen. Die Entscheidungen vor etwa 1870 waren nicht zugänglich, so daß sich der Verfasser insoweit auf die rückblickenden Bemerkungen der späteren Urteile verlassen mußte.

92) Kyne v. Wilmington & N.R. Co., 14 A 922, 929 (1888); es sei besser, das Kind von seinem Vater abhängig zu machen, als daß der Dritte für die Fahrlässigkeit des Vaters in Anspruch genommen werde.

erlitten hatte, als das Pferd an der Baustelle der beklagten Bahn scheute und den Wagen umwarf: "Die Tochter befand sich zur Zeit des Unfalls in der tatsächlichen Kontrolle und Obhut ihres Vaters. Sie war in der Anwesenheit ihres natürlichen Hüters und Beschützers. Im Recht war daher alles, was sie tat, durch ihn getan". Das Mädchen mußte sich daher das Mitverschulden ihres Vaters zurechnen lassen, ihre Klage hatte keinen Erfolg.

In der Entscheidung Fitzgerald v. St. Paul, M. & M.Ry.Co. ⁹³⁾ betonte der Supreme Court of Minnesota: "Da das Kind im Recht einen Hüter (keeper) hat, dessen Aufmerksamkeit in der Sorge für seine Person es anvertraut ist, muß die negligence eines solchen Hüters gegenüber Dritten als die negligence des Kindes angesehen werden".

Ebenso hat sich in Indiana ⁹⁴⁾ der Court of Appeals im Jahre 1894 für die Zurechnung der Fahrlässigkeit der Aufsichtsperson gegenüber Kindern ausgesprochen

93) 29 Minn. 336, 13 NW 168 (1882): Ein achtzehn Monate altes Kind ist vom Haus der Eltern unbemerkt auf die Eisenbahnschienen der Beklagten gelangt und dort überfahren worden (Verletzungen).

Die Lehre der imputed contributory negligence kommt in einer späteren Entscheidung im Antrag des Beklagten besonders deutlich zum Ausdruck, nämlich in Fox v. Chicago, St.P.M. & O.Ry.Co., 121 Minn. 511, 141 NW 845 (1913), wo ein kleines Kind von der Plattform eines Zuges heruntergefallen ist. Der Beklagte erstrebte eine Belehrung der Jury in folgendem Sinne: "Das Kind befand sich in der körperlichen Obhut und unter der alleinigen Kontrolle des Vaters und war in seinen Beförderungsvertrag eingeschlossen. Es bestand daher eine solche Identität zwischen Vater und Sohn, daß das Kind keinen Ersatzanspruch haben kann".

Die rule of imputed negligence ist in diesem Staat noch in weiteren Entscheidungen zum Nachteil des Kindes angewendet worden, so z.B. in Reed v. Minneapolis St.Ry.Co., 34 Minn. 557, 27 NW 77 (1886), wo ein Kind (acht Jahre alt) beim Aussteigen aus einer Pferdebahn von einem nachkommenden Gefährt angefahren wurde und trotzdem keinen Ersatz bekam, weil es sich in Gesellschaft seiner Großmutter befand, die nach Ansicht des Gerichts für das Kind noch viel mehr als für sich selbst hätte Sorge tragen müssen.

94) Louisville, N.A. & C.Ry.Co. v. Sears, 11 Ind.App. 654, 38 NE 837 (1894); dieser Ausspruch ist allerdings für die endgültige Entscheidung nicht wesentlich, denn das Gericht hatte es nicht mit der Verletzung eines schuldunfähigen Kindes zu tun, sondern eines siebeneinhalbjährigen Jungen, der für "sui juris" gehalten wurde. In einem solchen Fall aber, wo ein Kind selbst fähig ist, eigene Sorgfalt für sich auszuüben, soll die Theorie der imputed negli-

die nicht verantwortlich (non sui juris) sind.

Die gleichen Grundsätze hat der Supreme Judicial Court of Massachusetts angewendet, als er in dem Fall Casey v. Smith ⁹⁵⁾ über die Klage eines dreijährigen Jungen zu entscheiden hatte, der von seiner Mutter mit zwei älteren Geschwistern auf die Straße gelassen und dort angefahren worden war: "Wenn ein Kind zu jung ist, um selbst für sich Sorgfalt auszuüben, dann ist es die Pflicht eines verständigen "custodian", für es zu sorgen; und bei der Klage wegen erlittener Verletzungen ist die Fahrlässigkeit des custodian dem Kind zuzurechnen".

Auch in Maryland wurde die Lehre von der imputed contributory negligence in City of Cumberland v. Lottig ⁹⁶⁾ als selbstverständlich angewendet, als ein sechsjähriger Junge auf dem Dach seines Hauses mit einer elektrischen Leitung in Berührung kam, während seine Mutter mit anderen Hausbewohnern von oben einem Theaterspiel gegenüber zusah.

Ähnliche Bestätigungen der New York rule lassen sich auch in den anderen aufgeführten Staaten nachweisen, ohne daß allerdings immer eine eigenständige Begründung dafür gegeben wird. Ja, häufig bilden die Präjudizien sogar nur ein schwaches Argument für die rule of imputed contributory negligence, weil es sich oft eigentlich nicht um Verletzungen von Kindern handelt. ⁹⁷⁾

Fortsetzung der Fußnote 94) von Seite 62:

gence nicht gelten. Dem Jungen, der beim Spielen infolge einer Unebenheit bei einer Baustelle der Bahn ausgerutscht und unter einen fahrenden Zug geraten war, wurde daher ein etwaiges Aufsichtsverschulden seiner Eltern nicht zugerechnet. Ihm selbst konnte bei Anlegung eines für Kinder desselben Alters, Erfahrung usw. geltenden Maßstabes ebenfalls keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden, so daß seine Klage gegen die Bahn Erfolg hatte.

Die Entscheidung Terre Haute St. Ry. Co. v. Tappenbeck, 9 Ind. App. 422, 36 NE 915 (1894) behandelt eine deathaction eines Vaters für den Tod seines neunjährigen Sohnes, der von einem Zug überfahren wurde, und beschränkt die Untersuchung der imputation auf diesen Bereich.

In dem Fall City of Evansville v. Sennhenn, Ind. 1897 (unten Anm. 119) werden allerdings zwei frühere Entscheidungen zitiert, die eine klare Anwendung der rule enthalten sollen. Sie waren aber nicht zugänglich.

95) 152 Mass. 294, 25 NE 734 (1890).

96) 51 A 841 (1902).

97) Mit der weiteren Einschränkung der Anm. 91.

So handelt es sich bei den Entscheidungen, die für den Staat Wisconsin angegeben werden, in zwei Fällen um death- actions der Eltern für den Tod ihrer Kinder, die sich kaum für eine Anerkennung der rule verwerten lassen. ⁹⁸⁾

Und in Prideaux v. City of Mineral Point ⁹⁹⁾ wird die Zurechnung des Verschuldens gegenüber einer Frau ausgesprochen, die im Wagen ihres Mannes Verletzungen erlitten hat.

Auch die Fälle in Kansas ¹⁰⁰⁾ sind nicht als klarer Beweis für die Geltung der rule of imputed negligence heranzuziehen.

Ähnlich unsicher sind die Nachweise für den Staat Illinois, soweit sie verfolgt werden konnten. ¹⁰¹⁾ Weder läßt sich aus den Fällen mit tödlichen Ver-

98) In Hoppe v. Chicago, M. & St.P.Ry.Co., 21 NW 227 (Wis. 1884) ist ein sechzehn Monate altes Kind tödlich überfahren worden, als es seiner Mutter durch ein Loch im Zaun nachgekrochen war. Die Mutter hatte das Baby dem achtjährigen Bruder anvertraut. Die Klage der Eltern für den Tod des Kindes hatte sogar Erfolg, weil das Gericht unter Berücksichtigung der Armut der Familie den Umständen keine contributory negligence der Mutter entnehmen konnte.

In Parish v. Town of Eden, 22 NW 399 (Wis. 1885) ist ein Pferdewagen nachts mit zwei Jungen, die neun und elf Jahre alt waren, an einer Baustelle umgestürzt und hat die beiden Kinder unter sich begraben. Der Klage des Vaters gegen die Stadt wurde stattgegeben, weil das Gericht den älteren als Fahrer für sui juris und nicht für fahrlässig hielt. (Im ganzen eine wenig ergiebige Entscheidung.)

99) 43 Wis. 513, 28 Am.Rep. 558 (1878).

100) Es geht in beiden folgenden Fällen um eine Klage für den Tod des Kindes. In City of Horton v. Trompeter, 35 P 1106 (Kan. 1894) ist ein achtjähriges Mädchen infolge eines schadhafte Bürgersteigs tödlich verunglückt. Die Eltern hatten mit ihrer Klage Erfolg, weil ein Mitverschulden ihrerseits nicht festgestellt werden konnte. Chicago, K. & W.R.Co. v. Bockoven, 36 P 322 (Kan. 1894) ist ein Fall, in dem ein fünfjähriger Junge beim Übersteigen eines Abgrenzungstores zum Hof der Beklagten durch dessen Umsturz tödlich verletzt wurde. Die Klage des administrator of the estate wurde zurückverwiesen, nicht aus dem Grund der contributory negligence der Eltern, sondern weil die Umstände für eine negligence der Beklagten noch aufgeklärt werden mußten.

101) Chicago City Ry.Co. v. Wilcox, Ill. 1891 (unten Anm. 116) weist außer den folgenden noch auf zwei weitere Entscheidungen hin, die eine "tacit recognition" der rule enthalten sollen.

letzungen ¹⁰²⁾ noch aus der Entscheidung Gavin v. City of Chicago ¹⁰³⁾ eine klare Billigung der rule herleiten.

Schließlich sind auch die Entscheidungen in California ¹⁰⁴⁾ kaum geeignet, als Beispiel für die Zurechnung erwähnt zu werden.

- 102) In City of Chicago v. Hesing, 83 Ill. 204, 25 Am. Rep. 378 (1876) ist ein vierjähriger Junge in einem Wassergraben neben der Straße ertrunken. Eine Fahrlässigkeit der Eltern konnte nicht festgestellt werden; sie seien nicht zu ständigem Aufpassen verpflichtet. Die Eltern hatten deshalb Erfolg mit ihrer Klage, ebenso wie in Chicago City Ry. Co. v. Robinson, 127 Ill. 1, 18 NE 772 (1888), wo ein sechsjähriger Junge auf der Straße von einem Wagen der Beklagten tödlich überfahren wurde. Hier fand die Jury, daß das Kind die nach den Umständen notwendige Sorgfalt ausgeübt hatte, so daß es auf ein etwaiges Verschulden der Mutter gar nicht ankam.
- 103) 97 Ill. 66, 37 Am. Rep. 99 (1880): Ein Junge ist beim Springen von einer Drehbrücke an Land, bevor die Verbindung richtig hergestellt war, verunglückt, so daß sein linker Arm abgenommen werden mußte. Das Gericht sah in dem Unfall einen Unglücksfall, für den die Stadt nicht hafte, denn ihr obliege keine duty gegenüber Kindern, denen die Eltern das Spielen an gefährlichen Orten erlauben.
- 104) Der Supreme Court stellt 1919 in Zarzana v. Neve Drug Co., 180 Cal. 32, 179 P 203, 15 ALR 401, fest, daß keine seiner früheren Entscheidungen die rule of imputed negligence uneingeschränkt angewendet habe. Er verweist dabei auf Shierhold v. North Beach & M. R. Co., 40 Cal. 447 (1870) und Meeks v. Southern P. R. Co., 52 Cal. 602 (1878) (diese beiden Entscheidungen waren nicht zugänglich). Diese Feststellung wird indessen bestätigt durch die früheren Urteile, die nachprüfbar waren. In McQuilquin v. Central Pac. R. Co., (1884) 2 P 46, hebt der Supreme Court ein Urteil des Vordergerichts auf, das bei der Verletzung eines Kindes, das mit seiner Mutter auf der falschen Seite des Zuges ausgestiegen war, Umstände nicht berücksichtigt hatte, die auf ein Mitverschulden der Mutter schließen ließen. In Higgins v. Deeney, (1889) 21 P 428, hatte sich ein zweijähriges Kind von der Hand seiner Mutter gelöst, als diese sich mit einem anderen Kind beschäftigte, und war in einen Pferdewagen gelaufen. Es konnte für seine Verletzungen Ersatz verlangen, da das Gericht in dem Verhalten der Mutter keine Nachlässigkeit sah! Ähnlich war der Sachverhalt in Daly v. Hinz, (1896) 45 P 693, wo ebenfalls bei der Verletzung eines siebenjährigen Kindes auf der Straße ein Mitverschulden der Eltern nicht festgestellt wurde.

I. Es hat auf der anderen Seite aber von Anfang an Staaten gegeben, in denen die rule of imputed contributory negligence niemals Fuß fassen konnte und Zustimmung gefunden hat. Als Vorbild in der Zurückweisung der Zurechnung ist besonders eine Entscheidung des Supreme Court of Vermont aus dem Jahre 1849 bekannt, Robinson v. Cone¹⁰⁵⁾, worin das Gericht bei der Klage eines vierjährigen Jungen, der auf seinem Schlitten von dem Pferdeschlitten des Beklagten überfahren wurde, die Zurechnung des elterlichen Aufsichtsverschuldens als "hart, grausam und ungerecht" zurückwies.

Dieser Entscheidung haben sich die Gerichte einer Reihe anderer Staaten angeschlossen, so daß sich für die Ablehnung der Hartfield-Doktrin ebenfalls eine Art vorbildlicher Norm herausbildete, die sogenannte "Vermont rule". Bis etwa zur Mitte der neunziger Jahre hat sich eine ebenso große Zahl der Gerichtsbarkeiten, wie sie oben für die "New York rule" aufgeführt wurde, gegen sie und für die "Vermont rule" entschieden.¹⁰⁶⁾ Ja, zu dieser Zeit muß man sogar schon von einem leichten Übergewicht der rule sprechen, die sich gegen eine Zurechnung des elterlichen Aufsichtsverschuldens gegenüber minderjährigen Kindern ausgesprochen hat.

II. Eine besonders ausführliche Zurückweisung der rule of imputed negligence findet sich in der Entscheidung des Supreme Court of New Jersey, Newman v. Phillipsburgh Horse Car R. Co.¹⁰⁷⁾. Ein zwei Jahre altes Mädchen war von seiner erwachsenen Schwester auf der Straße ein paar Minuten allein gelassen worden. Während dieser Zeit geriet das Kind unter den Pferdewagen der beklagten Gesellschaft, dessen Fahrer nicht aufgepaßt hatte, sondern die Pferde ohne Überwachung laufen ließ. C.J. Beasley gewährte dem Kind nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit den Gründen der Gegenmeinung der Hartfield-Doktrin einen Anspruch wegen seiner Verletzungen. Er bezeichnet dieses Problem als eines der umstrittensten des damaligen Rechts:

"Das natürliche wie bürgerliche Recht unterstellt das Kind der Sorge des Erwachsenen. Wie kann aber dieses Recht der Fürsorge

105) 22 Vt. 213 (1849). Die Entscheidung war nicht zugänglich. Sachverhalt übernommen im wesentlichen aus Chicago City Ry. Co. v. Wilcox, Ill. 1891 (s. unten Anm. 116).

106) Vgl. die Nachweise in 15 ALR 414 ff. und weiter im Text.

107) 52 N.J.L. 446, 19 A 1102, 1103 (1890).

und des Schutzes als ein Recht dahin ausgelegt werden, irgendeines der gesetzlichen Rechte des Kindes aufzugeben oder zu verwirken? Die Berechtigung zu einem solchen Verzicht oder einer derartigen Verwirkung ist kein notwendiger oder gar zutreffender Bestandteil dieser Aufgabe des Erwachsenen, sondern ist im Gegenteil völlig unvereinbar mit ihr ... Die Annahme einer agency ist eine reine Vermutung, ohne irgendeine gesetzliche Grundlage; denn 'such custodian is the agent, not of the infant, but of the law'. Aber auch wenn eine solche Beziehung bestünde, erscheint es sicher, daß ein solcher custodian kein einziges Recht des Kindes aufgeben oder beeinträchtigen könnte, noch irgendeine gesetzliche Verpflichtung ihm auferlegen kann... Diese Doktrin der Zurechnung des schadensstiftenden Verhaltens des custodian eines Kindes gegenüber diesem Kind ist eine reine Einschlebung in das Recht ..., die durch keine gesetzliche Analogie gerechtfertigt werden kann. Kinder sind immer besonders Gegenstand der Gunst und des Schutzes des Rechts gewesen... Denn es ist ein vernünftiger Grundsatz, in allen Bereichen ein Kind zu begünstigen und zu fördern, aber es durch nichts zu benachteiligen. Und offensichtlich würde nichts mehr zum Nachteil des Kindes gereichen, als die Beziehung zwischen ihm und seinem custodian in eine agency zu verkehren, in der die harte Regel des 'respondeat superior' (d.h. der gegenseitigen Haftung) eingreifen müßte... In der Beziehung zwischen dem Kind und seinem keeper fehlen alle entscheidenden Charakteristika einer solchen Beziehung. Das Recht legt dem Kind einen Hüter auf, den es weder kontrollieren noch entfernen kann; die Ungeerechtigkeit, das Kind für die unerlaubten Handlungen seines Hüters verantwortlich zu machen, wäre offensichtlich. Es würde in jeder Beziehung den natürlichen Rechten des Kindes widersprechen... Die Umkehrung des Kindes, das gänzlich frei von Schuld ist, in einen Übeltäter, nur durch Zurechnung, ist ein logischer Kunstgriff, der mit dem Geist des Rechts nicht vereinbar ist ...".

Als weiteres eindrucksvolles Beispiel einer Zurückweisung der rule of imputation of negligence sei die Entscheidung des Supreme Court of Michigan angeführt, Battishill v. Humphrey ¹⁰⁸⁾. Er hatte über die Klage eines dreijährigen

108) 64 Mich. 494, 31 NW 894 (1887).

Mädchens zu entscheiden, das von der Mutter mit einem kränklichen Großvater zu Hause zurückgelassen wurde und später mit Verletzungen auf den Schienen der beklagten Eisenbahn aufgefunden wurde.

Das Gericht machte sich die Meinung eines Gerichts in Pennsylvania zu eigen: "Diese Doktrin schlägt unseren natürlichen Instinkten ins Gesicht und verträgt sich nicht mit der Lage der Personenklassen, die ihr Leben durch tägliche Arbeit verdienen müssen" ¹⁰⁹). Unter Berufung auf eine weitere Entscheidung in Ohio ¹¹⁰) legt es dar, daß alle Gründe, die bei einem Erwachsenen bei eigener Fahrlässigkeit zu Recht einen Ersatzanspruch ausschließen, für ein Kind nicht gelten. Es fehle nämlich a) die Gegenseitigkeit des Unrechts, die jede Partei gleichermaßen bei einer Verletzung zu einer Klage gegen die andere berechtige, b) der rechtspolitische Grund, eine Partei nicht für ihr eigenes Unrecht Ersatz erlangen zu lassen, c) die Notwendigkeit, die persönlichen Interessen einer Partei von ihrer eigenen Sorgfalt und Vorsicht abhängig zu machen. Das sei die alte Doktrin, "daß die Zähne des Kindes stumpf werden, weil der Vater Trauben gegessen hat". Der entscheidende Einwand gegen die Lehre sei die handgreifliche Ungerechtigkeit gegenüber dem Kind. "Kann es richtig sein, daß das Kind bei der Verletzung durch eine Person einen Anspruch hat, daß sich aber bei der Verletzung durch zwei Personen diese Ansprüche gegenseitig aufheben? Die entgegengesetzte Doktrin überläßt die jungen und hilflosen Kinder der nicht immer besorgten Gnade ihrer Eltern oder custodians, einer rücksichtslosen Behandlung und Verletzungen ohne die Hoffnung auf Ersatz. Eltern sind oft unbedacht und sorglos, ohne daß sie gleich böswillig und vorsätzlich handeln, und custodians neigen noch viel mehr als Eltern zu einem nachlässigen Verhalten gegenüber den Kindern ... Es ist schwierig herauszufinden, welchem Grundsatz einer public policy es dienlich ist, oder wie es überhaupt mit der Gerechtigkeit vereinbar ist, die persönlichen Rechte des Kindes von einem guten oder schlechten Verhalten Dritter abhängig zu machen. Es ist die Aufgabe des Rechts, Kinder in jungen Jahren vor dem Mißbrauch durch Eltern wie andere

109) Kay v. Pennsylvania R.Co., 65 Pa.St. 269, 3 Am. Rep. 628 (vgl. unten Anm. 200).

110) aaO S. 901; es handelt sich um die Entscheidung Bellefontaine & I.R.Co. v. Snyder, unten Anm. 204.

Personen zu schützen und zu schirmen. Warum sollte das Verschulden der Eltern, wenn es mit dem eines Fremden zusammentrifft, diesen entlasten?"

III. Diese beiden Fälle ¹¹¹⁾ mögen zunächst als hervorragende Beispiele für eine Vielzahl ähnlicher Entscheidungen in anderen Einzelstaaten stehen, die im Anschluß an die "Vermont rule" eine Zurechnung des Mitverschuldens abgelehnt haben.

Bevor nun der Versuch unternommen wird, die vielfältigen Gründe für und wider eine Zurechnung im einzelnen an Hand der zahllosen Entscheidungen zu analysieren und darzustellen, ist die Entwicklung der rule of imputation of negligence in der Auseinandersetzung zwischen Hartfield-Doktrin und Vermont rule in den Jahren von etwa 1890 bis 1920 zu schildern.

§ 11

Überwiegende Ablehnung der Hartfield-Doktrin in den Jahren von etwa 1890 bis 1920

I. Waren es noch um das Jahr 1890 etwa die Hälfte der amerikanischen Staaten, die nach dem Vorbild der New Yorker Entscheidung Hartfield v. Roper ¹¹²⁾ minderjährigen Kindern ein Verschulden ihrer Aufsichtspersonen zurechneten ¹¹³⁾, so ist schon gegen Mitte der neunziger Jahre ein leichtes Übergewicht zugunsten einer Ablehnung der Zurechnung festzustellen ¹¹⁴⁾. Diese Entwicklung hat sich in den folgenden Jahrzehnten weiter verstärkt. Die Vermont rule fand mit ihrer Ablehnung der Zurechnung nicht nur bei den Staaten Anklang, die zum ersten Mal in ihrer Gerichtsbarkeit einen Fall zu entscheiden hatten, in dem dieses Problem eine Rolle spielte. Vielmehr haben sich auch von den Staaten, die oben ¹¹⁵⁾ als Anhänger der Hartfield-Doktrin angeführt wurden, eine ganze Reihe von den Gründen der Gegenmeinung überzeugen lassen, und sie haben ihre vorhergehende

111) Die zum Teil wörtliche Wiedergabe sollte vor allem zum Ausdruck bringen, wie vielfältig, aber auch unsystematisch die Begründungen der Gerichte zu dem Problem sind und wie wenig sich die einzelnen Gründe klar voneinander trennen lassen und auch unterschieden werden.

112) S. o. Anm. 87.

113) Vgl. die Nachweise in Anm. 90 f.

114) Das wurde schon oben festgestellt (§ 10 I).

115) S. o. Anm. 87.

Rechtsprechung überprüft und im Sinne einer Nichtzurechnung geändert. Einige dieser Entscheidungen, die sich zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung durchgerungen haben, sind besonders eindrucksvolle Dokumente gegen die rule of imputation.

II. So hat der Supreme Court of Illinois bereits im Jahre 1891 in Chicago City Ry. Co. v. Wilcox ¹¹⁶⁾ seine früheren abweichenden Entscheidungen ¹¹⁷⁾ nicht mehr aufrechterhalten, sondern sich unter Abwägung der Gründe für und gegen die Zurechnung "für die vernünftigeren und am meisten mit den anerkannten Grundsätzen des common law übereinstimmende" ¹¹⁸⁾ rule entschieden, welche minderjährigen Kindern ein Verschulden ihrer Eltern nicht zurechnet.

Auch der Supreme Court of Indiana hat sich in der Entscheidung City of Evansville v. Senhenn ¹¹⁹⁾ in Gegensatz zu seinen früheren Urteilen gesetzt, als ein fünfjähriges Mädchen, das auf der Straße spielte, durch den Umsturz eines hohen Holzstoßes schwer verletzt wurde und Klage gegen die Stadt erhob. ¹²⁰⁾

116) 138 Ill. 370, 27 NE 899 (1891); vgl. auch die Darstellung des Sachverhalts in 24 NE 419: Ein sechsjähriger Junge wurde beim Versuch, vom Spielplatz über die Straße zu seiner Mutter zu laufen, die vor dem Haus stand, von einem Zug der Beklagten angefahren und so verletzt, daß ein Bein amputiert werden mußte.

117) Vgl. die Entscheidungen, die oben in Anm. 102 f. zitiert sind. Das Gericht erwähnt außerdem noch die Entscheidungen R. Co. v. Bumstead, (1868) 48 Ill. 221; und R. Co. v. Stratton, 78 Ill. 88; in all diesen Fällen lasse sich höchstens eine "tacit recognition" der rule nachweisen, so daß es sich nicht durch diese Entscheidungen gebunden fühlt.

118) aaO S. 902.

119) 151 Ind. 42, 47 NE 634 (1897). Das Gericht "overrules" im wesentlichen zwei Entscheidungen, und zwar Lafayette & I.R. Co. v. Huffmann, (1867) 28 Ind. 287, und Hathaway v. Toledo, W. & W.R. Co. (1873) 46 Ind. 25.

Interessant sind die Ausführungen des Gerichts zum Grundsatz des "stare decisis": Eine Abweichung von einer früheren Entscheidung solle zwar selten erfolgen, sie sei aber notwendig, wo das Festhalten an einer solchen Entscheidung ein größeres Übel sein würde als das Abgehen von ihr und die Aufstellung der besseren und vernünftigeren rule (aaO S. 635).

120) Die Ausführungen des Gerichts zur Zurechnung waren im Grunde überflüssig; es konnte nämlich keinen Tatbestand feststellen, unter dem eine Haftung der beklagten Stadt begründet werden konnte, und verwies deshalb die Klage zurück.

Ein Kind, das non sui juris sei, könne nicht für ein fahrlässiges Verhalten haftbar gemacht werden. Es sei deshalb auch kein Grund ersichtlich, daß ihm durch Zurechnung des Verschuldens von Eltern oder Aufsichtspersonen sein property right gegen einen fahrlässigen Beklagten genommen werde.¹²¹⁾

Schon zwei Jahre vorher hatte der Circuit Court für Indiana in Berry v. Lake Erie & W.R.Co.¹²²⁾ sich an die vorhergehenden Urteile nicht gebunden gefühlt¹²³⁾, sondern der Klage eines siebenjährigen Mädchens stattgegeben, das beim Überqueren der Straßenschienen von einem Wagen der beklagten Gesellschaft angefahren worden war. Er hatte aber damals noch die Einschränkung gemacht, daß er die Zurechnung nur dann ablehne, wenn das Kind sich völlig allein auf der Straße befinde.

Im Jahre 1905 hatte der Supreme Court of Minnesota¹²⁴⁾ Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu überprüfen und ebenfalls zu ändern; er hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem zwei Jungen im Alter von unter neun Jahren bei einer Baustelle der beklagten Eisenbahngesellschaft Dynamit gefunden hatten, bei dessen Explosion der jüngere starb, während der ältere schwere Verletzungen erlitt. Das Gericht gab seiner Klage statt, wobei es zugleich die frühere Entscheidung Fitzgerald v. ... R.Co.¹²⁵⁾ als unvernünftig außer Kraft setzte: "Das Recht des Kindes auf Schadensersatz für eigene Verletzungen ist ein 'property right', das geschützt werden muß wie anderes Eigentum. Dem Kind die Fahrlässigkeit anderer zuzurechnen, ist äußerst hart!"¹²⁶⁾

121) aaO S. 634; diese Grundsätze gelten aber nur für die Ansprüche des Kindes aus eigenem Recht; anders liegt es bei den Ansprüchen der Eltern (vgl. oben Anm. 86 und unten § 17).

122) 70 F 679 (1895).

123) Vgl. die Entscheidungen oben Anm. 94 und 119.

124) Mattson v. Minnesota & N.W.R.Co., 95 Minn. 477, 104 NW 443; die Haftung der Beklagten ergibt sich aus der Tatsache, daß anziehende Gegenstände liegen gelassen wurden (attractive nuisance); bei den Kindern wird die "capacity for exercising contributory negligence" verneint, denn sie begreifen nicht die Gefährlichkeit der Gegenstände.

125) Oben Anm. 93.

126) aaO S. 447; dies gilt wiederum nur für Klagen des Kindes aus eigenem Recht, nicht für Ansprüche der Eltern, so daß die Klage für die tödlichen Verletzungen des anderen Jungen keinen Erfolg hatte (vgl. oben Anm. 121).

Auch der Staat Iowa ¹²⁷⁾ hat sich dem "modern trend" der Entwicklung angeschlossen und sowohl durch das Bundesgericht seines Distrikts ¹²⁸⁾ wie durch den Supreme Court ¹²⁹⁾ gegen die Zurechnung des elterlichen Verschuldens entschieden.

Verhältnismäßig spät, erst im Jahre 1919, hat der Supreme Court of California in Zarzana v. Neve Drug Co. ¹³⁰⁾ erklärt, daß in seinem Staat die rule of imputation nicht länger Geltung habe. ¹³¹⁾ Sie sei eine überholte gesetzliche Irrlehre, die schon immer den menschlichen und verständigen Auffassungen über Gerechtigkeit widersprochen habe.

Ein Jahr später ist ihm der Supreme Court of Wisconsin in Gulesserian v. Madison Ry. 's Co. ¹³²⁾ gefolgt. Schließlich haben sich auch die Gerichte in

127) Vgl. oben Anm. 91; ursprünglich tendierte Iowa offensichtlich mehr zu der New York rule.

128) Chicago G. W. Ry. Co. v. Kowalski, 92 F 310 (1899, Circuit Court of Appeals): Ein drei Monate altes Kind ist im Pferdewagen seiner Eltern auf einer Bahnkreuzung angefahren und verletzt worden. Die Entscheidung gibt im Interesse einer einheitlichen Entwicklung der Vermont rule den Vorzug, weil ihr die Zukunft gehören wird! Weiter wird die Ablehnung der Zurechnung nicht begründet; das Urteil enthält aber eine gute Übersicht über die Entwicklung der rule of imputation in den einzelnen Staaten.

129) In Ives v. Welden, 87 NW 408 (Iowa 1901) hat ein fünfzehnjähriges Mädchen Benzin angezündet und sich dabei verletzt. Der Beklagte haftet, weil er die Flasche nicht mit einem Etikett versehen hatte. Eine Zurechnung des väterlichen Verschuldens kommt nicht in Frage, das würde der Tendenz der neueren Entscheidungen widersprechen.

130) 180 Cal. 32, 179 P 203, 15 ALR 401 (1919) (vgl. auch oben Anm. 104): Ein fünfjähriger Junge ist in Begleitung seines zwei Jahre älteren Bruders auf der Straße von einem Angestellten der beklagten Firma angefahren und verletzt worden, als dieser mit seinem Motorrad ins Rutschen gekommen war.

131) aaO 15 ALR 405; wiederum wird dieser Grundsatz dahin eingeschränkt, daß er nur für die Ansprüche des Kindes gelte, nicht aber den Eltern zugute komme.

132) 172 Wis. 400, 179 NW 573, 15 ALR 406 (1920): Ein kleines Kind ist in dem von seiner Mutter gesteuerten Kraftfahrzeug bei einem Zusammenstoß mit einem Straßenbahnwagen der beklagten Gesellschaft verletzt worden. Nur die Norm sei gerecht, die dem Kind das Verschulden seiner Mutter nicht zurechne.

Kansas von der rule of imputation während dieser Zeit distanziert, ohne allerdings die früheren Entscheidungen ausdrücklich außer Kraft zu setzen. In Union Pac. Ry. Co. v. Young ¹³³⁾ findet sich eine Andeutung, daß bei der Klage eines Kindes aus eigenem Recht eine Zurechnung nicht in Betracht komme, und in Burzio v. Joplin & P. R. Co. ¹³⁴⁾ wird einem zehnjährigen Jungen, der im Auto seines Vaters bei einem Zusammenstoß verletzt wurde, das mitwirkende Verschulden seines Vaters als Fahrer nicht zugerechnet, weil dieser über seinen Vater keine Kontrolle ausgeübt habe.

III. Bis zum Jahre 1920 hat sich also die überwiegende Mehrheit der amerikanischen Staaten gegen die Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens gegenüber kleinen Kindern ausgesprochen. Es bleibt nur noch eine kleine Minderheit von fünf Staaten ¹³⁵⁾, die weiterhin an der Lehre der Zurechnung festhält.

B. Die Gründe für und wider eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens ¹³⁶⁾

§ 12

Die Theorie der Identifikation zwischen Eltern und Kind

Der Gedanke einer Identität zwischen Eltern und kleinem Kind bzw. sogar zwischen Aufsichtsperson und Kind ist zwar in der Hartfield-Entscheidung ¹³⁷⁾

133) 45 P 580 (1896). Diese Andeutung des Supreme Court of Kansas war aber für die Entscheidung nicht wesentlich, denn die Klage des dreijährigen Jungen, der unter einen Zug geraten war und dabei seine Hand verloren hatte, mußte abgewiesen werden, weil die Umstände des Unfalls nicht aufgeklärt werden konnten und der beklagten Gesellschaft ein Mangel an due care nicht nachgewiesen werden konnte.

134) 102 Kan. 287, 171 P 351 (1918): Die Theorie einer Identität zwischen einem freiwilligen Fahrgast und dem Fahrer habe in diesem Staat niemals mehr als einen Fußbreit Geltung gewonnen.

135) Von den zitierten (oben Anm. 90 f.) elf Staaten sind es also nur noch die Staaten Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New York, mit den unten in § 16 aufgeführten späteren Einschränkungen.

136) Es ist schon oben (Anm. 111) auf die Schwierigkeit hingewiesen worden, die einzelnen Begründungen der Gerichte voneinander zu trennen. Es wird sich deshalb nicht vermeiden lassen, manche Entscheidungen mehrmals zu zitieren.

137) Vgl. oben Anm. 87.

nicht ausdrücklich ausgesprochen worden; er ist jedoch auch dort angelungen, und andere Gerichte haben ihn, wie etwa im Waite-¹³⁸⁾ oder im Kyne-case¹³⁹⁾, zur Grundlage ihrer Entscheidung gemacht.

Die Vorstellung einer solchen Identifikation, wonach die Rechte des Kindes nicht selbständig gedacht werden, sondern dem Vorstand der Familie zustehen, entnehmen diese Gerichte offensichtlich dem common law.¹⁴⁰⁾ Sie geben die Tendenz, die jedem archaischen Recht innewohnt, nämlich die Rechte der Familienmitglieder im Vorstand der Familie verkörpert zu sehen¹⁴¹⁾, als Bestandteil des common law aus.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob im angelsächsischen common law eine solche Identifizierung der Rechte des Kindes mit denen seiner Eltern jemals Geltung besaß. Die germanischen Rechte kannten durchaus eine gewisse Selbständigkeit der Rechte des Kindes, besonders im persönlichen Bereich¹⁴²⁾, und die Stellung der Eltern ist niemals so beherrschend gewesen wie etwa im römischen Recht. Ihre Funktion war viel mehr die eines Beschützers und Fürsorgers des Kindes.¹⁴³⁾

Mit der fortschreitenden Emanzipierung der Familienmitglieder aus der Vormundschaft des Vaters, wie sie sich etwa auch in der Befreiung der Frau von der Herrschaft des Mannes zeigt, hat das Argument der Identifikation, wenn es überhaupt eine gewisse Berechtigung hatte, vollständig an Bedeutung verloren.

138) Vgl. oben Anm. 89.

139) Vgl. oben Anm. 92.

140) Die Vorstellung der Identifikation spielt außerdem bei der agency (unten § 13) eine Rolle.

141) S. dazu auch Veith, Kindschaftsrecht, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band 4, S. 771 ff.

142) Besonders der Supreme Court of New Hampshire wendet sich in der Entscheidung Dunlap v. Dunlap, 150 A 905, 71 ALR 1055 (1930) scharf gegen die Annahme, daß im common law zwischen Eltern und Kindern eine unity oder identity gegolten habe, in "fundamentalem Unterschied" zu den Beziehungen zwischen Mann und Frau, wo eine solche legal unity vorhanden gewesen sei (aaO S. 1057). Das Kind habe durchaus über gewisse selbständige Rechte verfügt. (Das Problem der Entscheidung, worin ein minderjähriger Junge gegen seinen Vater auf Ersatz für Verletzungen klagt, wird unten in § 15 II besonders behandelt werden).

143) Vgl. wiederum Veith, aaO; dieser Grundsatz kommt auch in der Stellung der Eltern als "natural guardians" zum Ausdruck, die im wesentlichen auf die Personensorge beschränkt ist.

Der Gedanke hat sich immer mehr durchgesetzt, daß auch kleinen Kindern kraft ihres Daseins eigene selbständige Rechte zustehen, besonders in einem Land wie den USA, in dem die Vorstellung von der Freiheit der Person und damit auch von der Unabhängigkeit der persönlichen Rechte besonders früh Wirksamkeit erlangte. 144)

So erscheint es verständlich, daß die meisten Gerichte diesem Punkt keine große Bedeutung mehr beimessen. Eine Stellungnahme zu dem Problemkreis der Identifikation findet sich nur in ganz wenigen Entscheidungen. 145)

Die Annahme einer Identifikation der persönlichen Rechte des Kindes mit seinen Eltern wird als eine "reine Fiktion" angesehen ¹⁴⁶⁾, manchmal ist die

144) Die Entscheidung des Appellate Court of Indiana, City of Jeffersonville v. McHenry, 53 NE 183 (1899) - ein dreijähriger Junge ist beim Spielen vor dem Haus, wobei seine Mutter alle fünf Minuten nach ihm sah, in das Loch einer Baustelle auf dem Gehweg der beklagten Stadt gefallen und verletzt worden - stellt fest: "Gut, es mag sein, daß das Kind seinen Eltern oder dem custodian gehört; aber es stimmt nicht, daß die Rechte des Kindes ebenfalls (diesen Personen) gehören ... Das Kind ist nicht ein Bestandteil des elterlichen Vermögens. Seine Rechte gehören ihm vielmehr persönlich...".

145) So führt etwa der Supreme Court of Missouri in Winters v. Kansas City Cable Ry. Co., 99 Mo. 509, 12 SW 652 (1889) zur Hartfield-Doktrin aus: "Diese Doktrin beruht wahrscheinlich auf keinem dieser Gründe" (agency oder identity). Die Klage eines dreijährigen Jungen, der mit seiner zehnjährigen Schwester zum Einkaufen geschickt und auf der Straße von einem Straßenbahnwagen angefahren worden war, hatte deshalb Erfolg. Ähnlich kurz ist die Zurückweisung dieses Gesichtspunktes in anderen Entscheidungen. Das Urteil des Supreme Court of Mississippi, Westbrook v. Mobile & O.R. Co., 66 Miss. 560, 6 S 321 (1889) betont z.B.: "Infants have legal rights, distinct from their parents".

146) Der leading case des Staates South Carolina, Watson v. Southern Ry., 66 S.C. 47, 44 SE 375 (1903) stellt kategorisch fest, die Doktrin der Zurechnung lasse sich nicht über die Vorstellung einer Identität zwischen custodian and child begründen, denn die persönlichen Rechte des Kindes unterlägen nicht der Kontrolle des custodian.

Es handelt sich um eine "death-action" für den Tod eines siebenjährigen Jungen, der in Begleitung zweier älterer Geschwister beim Überschreiten von Bahngleisen tödlich überfahren wurde. Die Erörterung der rule of imputed negligence ist aber dadurch gerechtfertigt, daß die Ansprüche dem Nachlaß so zustehen, wie sie der getötete Junge hätte geltend machen können (vgl.

Stellungnahme auch noch schärfer. 147)

Es gilt heute, im ganzen gesehen, als selbstverständlich, daß die persönlichen Rechte des Kindes unabhängig von denen der Eltern bestehen.

§ 13

Die Beziehung zwischen Eltern und Kindern nicht als "agency", sondern als "guardianship"

I. Die Gerichte, die der Hartfield-Doktrin folgen, haben, ebenso wie ihre Gegner, die Anhänger der Vermont rule, das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer "agency" zu einer wesentlichen Grundlage ihrer Entscheidung gemacht. Es ist deshalb zu untersuchen, ob die Beziehung zwischen Eltern und Kindern unter dem Gesichtspunkt der "agency" rechtlich erfaßt werden kann. 148)

Die "agency" ist eine in der Regel vertragliche Beziehung, kraft derer jemand für einen anderen mit Wirkung für dessen Rechte handeln kann. 149) Die "agency" umfaßt also vor allem nicht das Rechtsinstitut der gesetzlichen Vertretung, das dem anglo-amerikanischen Recht ohnehin in der kontinental-europäi-

Fortsetzung der Fußnote 146) von Seite 75:
oben Anm. 86).

Der Supreme Court of North Carolina bezeichnet in Bottoms v. Seaboard & R. R. Co., 114 N.C. 699, 19 SE 730 (1894), seiner ersten Entscheidung zum Problem der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens, als ein knapp zweijähriges Kind für einen unbewachten Augenblick auf die Schienen der Beklagten gelangt war und durch einen Zug verletzt wurde, die Hartfield-Doktrin als eine "reine Fiktion", soweit sie auf der Annahme einer Identität beruhe.

147) In der Note: Some aspects of imputed negligence, 80 Pa.L.Rev. 1132 (Anm. 85) bezeichnet der Autor die Annahme der Identität durch die Gerichte als "ungewöhnlich naiv".

148) Vgl. zur agency Friedman, Law of Agency, 1960, und vor allem auch Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 166 ff.

149) Nach der Definition in 2 Am.Jur., Agency, § 2, versteht man unter agency "a relationship which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act".

Vgl. auch die ähnliche Definition in Restatement of the Law of Agency, Bd. 1 § 1 (1933).

schen Form unbekannt ist, 150)

Die "agency" spielt nun aber nicht nur im Bereich der rechtsgeschäftlichen Vertretung eine Rolle, sondern erstaunlicherweise hat sie entscheidende Bedeutung auch im deliktischen Bereich. ¹⁵¹⁾ Das gesamte Rechtsgebiet des Handelns für einen anderen wird im anglo-amerikanischen Recht über das Institut der "agency" abgewickelt, und zwar sowohl die Tätigkeit innerhalb rechtsgeschäftlicher Beziehungen als auch das Handeln im Rechts- und Arbeitsbereich eines anderen. ¹⁵²⁾

Eines der wesentlichen Elemente der "agency" stellt nun die praktisch unbeschränkte Haftung des "principal" für seinen "agent" dar. Im anglo-amerikanischen Recht ist damit der Grundsatz verwirklicht, daß derjenige, der sich bei Rechts- oder tatsächlichen Handlungen einer anderen Person bedient, für die Handlungen und Unterlassungen dieser Person während deren Tätigkeit uneingeschränkt haftet, und zwar ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises. ¹⁵³⁾

Die theoretische Fundierung dieses Prinzips eines unbeschränkten Entstehensmüssens für schuldhaftes Handeln von Hilfspersonen ist allerdings gering. Sie wird von den Gerichten mit den mehr oder weniger apodiktischen Formeln des "respondeat superior" oder des "qui facit per alium est perinde ac si facit per se" gegeben, ohne daß damit eigentlich die rechtliche Zuordnung des Handelns einer fremden

150) Vgl. Müller-Freienfels, aaO S. 166 ff. mit weiteren Nachweisen, und unten IV.

151) Vgl. Müller-Freienfels, aaO S. 55 f.; Friedman, aaO S. 8, 33 ff.

152) Das Institut der agency umfaßt damit die Rechtsgebiete, die im deutschen Recht von den §§ 164 ff. sowie den §§ 278, 831 BGB geregelt werden.

Im Bereich der agency unterscheidet man die Beziehung zwischen "principal and agent" und zwischen "master and servant". Die Abgrenzung läßt sich allerdings nicht immer klar vollziehen, doch unterscheidet den servant in der Regel das größere Abhängigkeitsverhältnis. Vgl. Weigert, Haftung für Angestellte, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Band 3 S. 43 ff., 53.

153) Vgl. Weigert, aaO S. 52.

Im Unterschied zu § 831 BGB müssen aber die Hilfspersonen schuldhaft gehandelt haben.

Eine solche uneingeschränkte Haftung für das Handeln von Hilfspersonen wird auch im deutschen Recht seit langem angestrebt. Vor allem die Norm des § 831 BGB wird als völlig unbefriedigend empfunden und wohl eines Tages geändert werden. Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts S. 56, und Weitnauer, Karlsruher Forum 1962, S. 3, 6;

vgl. auch oben S. 30.

Person begründet ist. 154)

Die Rechtsbeziehung der "agency" gehört damit zu den eng begrenzten Bereichen, in denen eine Ausnahme von dem allgemeinen Haftungsgrundsatz des amerikanischen Rechts eingreift¹⁵⁵⁾, daß jemand nur für sein eigenes schuldhaftes Verhalten verantwortlich und schadensersatzpflichtig ist. In ihrem Rahmen haftet man auch für das Verschulden fremder Personen. Dieses Prinzip der Haftung für fremdes Verschulden nennt man auch "vicarious liability"¹⁵⁶⁾.

II. Als Umkehrung dieses Prinzips des Entstehenmüssens für einen Schaden, den ein "agent" schuldhaft herbeigeführt hat, ist nun der Grundsatz entwickelt worden, daß ein "principal" sich auch das mitwirkende Verschulden seines "agent" zurechnen lassen muß.

Eine derartige "imputation of contributory negligence" der Hilfsperson gegenüber dem "principal" wird dann als gerecht und billigenswert empfunden, wenn umgekehrt der Geschäftsherr für eine aktive negligence seiner Hilfspersonen unter dem Gesichtspunkt einer "vicarious liability"¹⁵⁷⁾ eintreten müßte.

Die amerikanische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben sogar ausdrücklich den Grundsatz aufgestellt, eine Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens dritter Personen sei nur dann zulässig, wenn auch umgekehrt eine Haftung

154) Weigert aaO S. 50 spricht davon, die Begründung sei von einer "unbekümmerten Naivität und ohne jede selbständige Prägung".

Müller-Freienfels aaO S. 81 ff. weist darauf hin, daß diese Begründungen in Wirklichkeit nur Scheinbegründungen sind und Fiktionen darstellen, daß sich die beiden Formeln zudem in ihrem Gehalt noch widersprechen.

155) Harper and James, Torts § 23.1 sehen das Schuldprinzip als einen Teil der wirtschaftlichen und sozialen Philosophie des Individualismus.

156) Vgl. die Nachweise zu "vicarious liability" in Harper and James aaO Anm. 1 ff.

157) Eine andere Bezeichnung für das Vorliegen einer derartigen Beziehung lautet dahin, daß die beiden Personen "in privity" zueinander stehen müssen (vgl. auch die Note: Some aspects of imputed negligence, 80 Pa.L.Rev. 1124). Sachlich ist damit aber nichts anderes als "vicarious liability" gemeint. Solch eine vicarious liability ist außer beim Rechtsverhältnis der agency noch gegeben bei der Rechtsbeziehung der "partnership" und der "joint enterprise". Vgl. Harper and James, Torts § 23.1 und die Nachweise in der folgenden Anm.

für eine schuldhafte Schadenszufügung der dritten Person gegeben ist.¹⁵⁸⁾ Dieses Prinzip wird auch als "both ways test" bezeichnet.¹⁵⁹⁾

In allen übrigen Fällen, in denen keine "vicarious liability" vorhanden ist, soll auch der Grundsatz der imputation of contributory negligence nicht zur Geltung kommen.

III. Keine rechtsgeschäftlich begründete "agency" zwischen Eltern und Kindern

Wenn also die Annahme richtig wäre, daß die Beziehung zwischen Eltern und Kindern als "agency" zu qualifizieren ist, wäre damit auch die Grundlage für eine Zurechnung im Sinne der Hartfield-Doktrin vorhanden.

Die anglo-amerikanische Rechtswissenschaft und Rechtsprechung haben jedoch mit überzeugenden Gründen dargelegt, daß das Verhältnis zwischen Kindern und Eltern oder anderen Aufsichtspersonen nicht als "agency" gekennzeichnet werden kann.

¹⁵⁸⁾ Bis in die dreißiger Jahre war diese Ansicht allgemein. Der entsprechende Grundsatz hat in das Restatement of the Law Aufnahme gefunden, 2 Restatement of the Law of Torts, § 385 (1934), wonach ein Kläger mit seinem Ersatzanspruch nur dann ausgeschlossen ist durch die negligence einer dritten Person, "if, but only if, the relation between them is such that the plaintiff would be liable as defendant for harm caused to others by such negligent conduct of the third person".

Vgl. auch die Entscheidungen Palmer v. Miller, 43 NE 2d 973 (Ill. 1942) und Union Traction Co. v. Gaunt, 135 NE 486, 23 ALR 649 (Ind. 1922), welche dieses Prinzip besonders hervorheben.

Ebenso bekennen sich die Autoren der Notes: Imputed negligence ..., 12 Cal.L.Rev. 541 (1912) und 80 Pa.L.Rev. 1123, 1124 zu diesem Grundsatz: "Alles andere ist richterliche Rechtsschöpfung, ein gefährliches Zurückgehen auf die halb barbarischen Gesichtspunkte der Doktrin einer Haftung ohne Verschulden ...".

Auch Prosser, Torts, S. 299, geht von diesem Prinzip aus, ebenso Gregory, Vicarious liability and Contributory Negligence, 41 Yale L.J. 831 (1932). In jüngster Zeit hat Harper in Harper and James, Torts § 23.1., ebenso in 14 La.L.Rev. 340, 341 (1954) Zweifel an der Richtigkeit dieses "both ways test" geäußert.

¹⁵⁹⁾ Dazu Harper and James aaO und die vorige Anm.

1. Die "agency" ist eine Beziehung, die auf einer vertraglichen Vereinbarung oder jedenfalls auf einer konsensualen Übereinkunft beruht.¹⁶⁰⁾ Schon aus diesem Grunde haben die Gerichte es abgelehnt, das Eltern-Kind-Verhältnis unter das Rechtsinstitut der "agency" einzuordnen. Es erscheint dem common law als eine lebensfremde Vorstellung, daß Kinder ihre Eltern zu ihren "agents" ernennen oder auch nur ernannt erhalten.¹⁶¹⁾ Immer wieder haben die Gerichte zum Ausdruck gebracht, daß die Beziehung zwischen Eltern und Kindern natürlichen Banden entspringt und nicht auf einer Vereinbarung beruht.

So hat etwa der Supreme Court of Iowa in Wymore v. Mahaska County¹⁶²⁾ festgestellt: "Von den Eltern wird erwartet, daß sie ihren Kindern Sorge, Schutz und Unterstützung angedeihen lassen ... Diese Pflichten aber sind durch das Recht auferlegt und sind nicht das Ergebnis irgendeiner vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien ... Es liegt deshalb keine agency vor".

In gleicher Weise hat das oberste Gericht in Missouri¹⁶³⁾ bei der Klage eines zweijährigen Mädchens, das - in Begleitung seiner Mutter - auf dem Gehweg der beklagten Stadt durch ein hochschnellendes Brett am Knie verletzt wurde, die Annahme einer "agency" als völlig abwegig bezeichnet: "Der custodian eines Kindes ist agent of the law, but not of the infant".

Diese Formel findet sich auch in anderen Urteilen.¹⁶⁴⁾

160) Vgl. oben Anm. 149.

161) Es gibt allerdings einzelne Ausnahmefälle, in denen eine gerichtliche Ernennung der Eltern zu agents ihrer Kinder möglich ist, jedoch nur im vermögensrechtlichen Bereich. Vgl. dazu Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft S. 166 ff. und unten IV.

162) 43 NW 264 (1889): Ein zweijähriger Junge ist im Pferdewagen von Bekannten tödlich abgestürzt. Die Klage des Vaters als administrator of the estate hatte Erfolg, weil er nicht aus eigenem Recht einen Anspruch geltend machte, sondern als Verwalter des Nachlasses, auf den die Ansprüche des Kindes so übergehen, wie sie zu Lebzeiten des Kindes bestanden.

163) Neff v. City of Cameron, 213 Mo. 350, 111 SW 1139 (1908).

164) Z. B. in der Entscheidung Warren v. Manchester St. Ry. Co. des Supreme Court of New Hampshire, 70 N.H. 352, 47 A 735 (1900): Ein dreijähriges Kind ist unter einen Straßenbahnwagen geraten und tödlich überfahren worden. Die Klage des Vaters hatte Erfolg, weil sie "for the benefit of the estate" und nicht ausdrücklich zugunsten des Vaters eingebracht wurde.

2. Als weiterer Grund für eine Ablehnung der "agency" wird von vielen Gerichten der Gesichtspunkt herangezogen, daß kleinen Kindern allgemein die Fähigkeit fehlt, eine wirksame vertragliche Verbindlichkeit einzugehen, so daß sie auch nicht die Vertragsbeziehung der "agency" begründen können. ¹⁶⁵⁾

Dies wird besonders betont etwa in der Entscheidung Bottoms v. Seaboard & R.R.Co. ¹⁶⁶⁾ oder in City of Jeffersonville v. McHenry ¹⁶⁷⁾: "Ein Kind hat nicht die Macht, einen agent zu ernennen, und das Recht ernennt ihm auch keinen agent ...". Auch in Flaherty v. Butte Electric Co. ¹⁶⁸⁾ kommt zum Ausdruck, daß ein Kind keine Machtbefugnis delegieren kann, und "agency" setze die Fähigkeit voraus, "to delegate authority".

Der Supreme Court of South Carolina führt aus ¹⁶⁹⁾: "Ein Kind, das nicht verantwortlich ist, kann keinen agent bestellen. The child, having no volition,

165) Bei Kindern in ganz jungen Jahren, um die es in der vorliegenden Untersuchung allein geht, ist es im common law allgemein anerkannt, daß sie nicht die Fähigkeit besitzen, wirksam Verträge abzuschließen. Dies kommt auch in den Gerichtsentscheidungen eindeutig zum Ausdruck. Es ist deshalb hier nicht näher auf die Frage einzugehen, ob die Geschäftsunfähigkeit während der ganzen Zeit der Minderjährigkeit anhält oder ob in späteren Jahren nicht eine andere Beurteilung eingreift. Umstritten ist insbesondere, ob ein Minderjähriger im Alter von etwa 16 bis 21 Jahren als principal einen agent bestellen und damit für dessen Handlungen verantwortlich sein kann. Vgl. hierzu die Annotations: Infant's appointment of agent and acts of agent, thereunder, as void or voidable, 31 ALR 1001 (1924), und; Liability of infant for torts of his employee or agent, 103 ALR 487 (1936). Nach einigem Zögern hat sich heute im allgemeinen die Ansicht durchgesetzt, ein Minderjähriger könne wirksam die Beziehung of principal and agent begründen und damit auch für Handlungen seiner agents verantwortlich sein, wenn er selbst die Angelegenheit besorgen könnte. Vgl. die Nachweise in den erwähnten Annotations sowie Friedman, Law of Agency S. 34 ff.

166) Oben Anm. 146.

167) Oben Anm. 144.

168) Entscheidung des Supreme Court of Montana, 40 Mont. 454, 107 P 416 (1910): Ein dreijähriges Kind ist auf der Straße durch ein Auto der Beklagten (gelenkt von deren agent) angefahren und verletzt worden. Keine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens, denn das Kind kann keinen agent ernennen.

169) In Watson v. Southern Ry., 66 S.C. 47, 44 SE 375 (1903), oben Anm. 146.

hat weder die Beziehung zu seinem custodian geschaffen noch die Gefahr, die zum Unfall geführt hat ..."

Der Supreme Court of Oklahoma gelangt in Atchison, T. & S.F.Ry.Co. v. Calhoun ¹⁷⁰⁾ bei der Klage eines dreijährigen Jungen, der beim Aussteigen aus einem Zug auf einem unbeleuchteten Bahnsteig von seiner Mutter einem anderen Passagier übergeben und von diesem fallengelassen worden war, als der Zug plötzlich ein Stück weiterfuhr, ebenfalls zu dem Ergebnis einer Nichtzurechnung, weil der Junge "no volition" habe, "to establish the relation of privity" mit der Person, deren Verschulden ihm zugerechnet werden solle.

Nach den Rechtsgrundsätzen in Virginia ¹⁷¹⁾ kann ein Kind einen anderen nicht zu einer fahrlässigen Handlung ermächtigen. "Die Eltern sind nicht agents des Kindes, denn ein Kind kann keinen agent ernennen."

Den gleichen Standpunkt vertritt der Supreme Court of Michigan in Hampel v. Detroit, G.R. & W.Ry.Co. ¹⁷²⁾ für die Beziehung eines Kindes gegenüber dem Fahrer eines Pferdewagens.

3. In der Beziehung zwischen Eltern und Kindern fehlen aber auch noch andere Merkmale, die charakteristisch für das Vorhandensein einer "agency" sind. Es mangelt dem Kind vor allem an der Kontrollmöglichkeit, die ein principal normalerweise gegenüber seinem "agent" besitzt. Dem Begriff der "agency" als einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis ist das Element der Kontrolle und der

¹⁷⁰⁾ 89 P 207 (1907).

¹⁷¹⁾ Vgl. die Entscheidung des Supreme Court of Appeals, Norfolk & W.R.Co. v. Groseclose's Adm'r., 13 SE 454 (1891): Ein fünfjähriges Kind ist beim Einsteigen in einen Zug unter das Trittbrett geraten und tödlich überfahren worden, weil der Zug plötzlich zurückfuhr. Eltern und Geschwister waren anwesend. Die Klage des Vaters als administrator of the estate ist erfolgreich. Er klagt hier als personal representative, nicht für loss of services.

¹⁷²⁾ 138 Mich. 1, 100 NW 1002 (1904). Auch hier handelt es sich um eine death-action für den Tod eines dreizehnjährigen Kindes, das auf die Einladung des Fahrers eines Pferdewagens eine Strecke mitfuhr und bei einem Schienenübergang durch einen Zug der Beklagten tödlich überfahren wurde. Der Vater bekam mit seiner Klage Recht.

Übrigens hat der Supreme Court of Michigan in Donlin v. Detroit United Ry., 164 NW 447 (1917) noch einen sechzehnjährigen Jungen als unfähig bezeichnet, die vertragliche Beziehung einer agency mit dem Fahrer des Autos einzugehen, mit dem er verunglückte (vgl. dazu Anm. 165).

Einflußmöglichkeit gegenüber dem "agent" immanent, während es in der Beziehung zwischen Eltern und Kindern naturgemäß nicht vorhanden ist.

Auf diesen Gesichtspunkt haben besonders die folgenden Entscheidungen hingewiesen: In dem Fall Newman v. Phillipsburgh Horse Car R. Co.¹⁷³⁾ erklärte das Gericht als Grund der Haftung des principal für seinen "agent" gerade den Umstand, daß die "agency" auf einer freiwilligen Begründung beruhe und daß sie jederzeit nach dem Willen desjenigen beendet und kontrolliert werden könne, der sie begründet habe; alle diese entscheidenden Charakteristika der "agency" seien in der Beziehung zwischen dem Kind und seinem custodian nicht vorhanden ...

Mit ähnlicher Begründung weist der Supreme Court of North Carolina in Bottoms v. S...R. Co.¹⁷⁴⁾ das Bestehen der "agency" zurück: "Das Kind bestellt seinen Vater nicht. Es hat keine Kontrolle über seine Handlungen. Es kann ihn nicht aus seiner Machtstellung entfernen und einen anderen statt seiner einsetzen ... Es fehlt jedes Element einer agency ..."

In Brennan v. Minnesota, D. & W. Ry. Co.¹⁷⁵⁾ bringt der Supreme Court of Minnesota in einem Fall, in dem ein sechsjähriger Junge vom Pferdewagen seines Vaters auf ein Bahngleis fiel und anschließend überfahren wurde, sogar zum Ausdruck, daß das Kind sich mit vollem Recht auf die überlegene Urteilskraft und Einsicht seines Vaters verlassen habe; es sei dazu nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Ein Kind dürfe seinen eigenen Willen nicht dem seines Vaters entgegensetzen, noch dürfe es versuchen, dessen Handlungen zu kontrollieren oder zu beaufsichtigen.

Burzio v. Joplin & P. Ry. Co.¹⁷⁶⁾ behandelt einen ähnlichen Fall; ein Junge habe im Auto seines Vaters keine Kontrolle über seinen Fahrer.

4. Auf einen Gesichtspunkt nehmen erstaunlicherweise nur wenige Gerichte Bezug, obwohl er sich aus dem Wesen der "agency" ergibt und sich mit ihm verhältnismäßig leicht die Annahme einer "agency" widerlegen läßt. Es ist die der "agency" innewohnende "vicarious liability", das für die Beziehung zwischen principal und "agent" typische Element der Haftung. Die Annahme einer

173) Oben Anm. 107.

174) Oben Anm. 146.

175) 153 NW 611 (1915): Das Pferd war infolge eines plötzlichen Anrucksens des Zuges hochgegangen, der Junge fiel auf die Gleise, und bevor der Vater ihn wieder aufheben konnte, wurde der Junge durch den zurückfahrenden Zug überfahren, so daß er eine Beinverletzung erlitt.

176) Oben Anm. 134.

"agency" in dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern würde notwendig bedeuten, daß umgekehrt das Kind auch für unerlaubte Handlungen seiner Eltern eintreten müßte. Diese Vorstellung erscheint so lebensfremd und fast abwegig, daß wohl deshalb die Gerichte sie nur selten als Argument gegen die "agency" heranziehen.

Dem Gericht im Battishill-case ¹⁷⁷⁾ ist es eine Selbstverständlichkeit, daß ein Kind nicht für negligence seiner Eltern oder custodians verantwortlich gemacht werden kann, und nach dem Newman-case ¹⁷⁸⁾ wäre die Ungerechtigkeit einer Haftung des Kindes für Handlungen seiner Eltern evident. Auch nach der Entscheidung des Appellate Court of Indiana, City of Jeffersonville v. McHenry ¹⁷⁹⁾ entspricht es der natürlichen Gerechtigkeit, daß ein Kind für die unerlaubten Handlungen seines "keepers" nicht verantwortlich ist.

Dagegen benutzt die Wissenschaft gerade diese Konsequenz der Haftung als Argument gegen das Bestehen einer "agency" im Verhältnis zwischen Eltern und Kind. ¹⁸⁰⁾ Im allgemeinen geht die Lehre allerdings nur ganz am Rande darauf ein, die Annahme der "agency" zu widerlegen. Es erscheint ihr offensichtlich als unangemessen, die Beziehung zwischen Eltern und Kindern als "agency" zu qualifizieren. ¹⁸¹⁾

177) Vgl. oben Anm. 108; aaO S. 901.

178) Vgl. oben Anm. 107; aaO. S. 1103.

179) Vgl. oben Anm. 144.

180) So besonders James, Imputed Contributory Negligence, aaO (Anm. 85) S. 346, bzw. Harper and James, Torts § 23 S. 1270; der Autor der Note 80 U. Pa. L. Rev. 1123, 1132 (oben Anm. 85) greift ebenfalls im wesentlichen mit dieser Begründung die Annahme der agency an.

181) Prosser, Torts § 54 S. 301, spricht von der Annahme einer agency als "barest fiction"; der Autor der Note 80 U. Pa. L. Rev. (supra) bezeichnet es sogar als "absurd", in dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern eine agency erblicken zu wollen, weil buchstäblich alle Elemente dieses Rechtsinstituts fehlen: Die Freiwilligkeit der Begründung, die Kontrollmöglichkeit und die Freiheit der Auflösung entsprechend dem Willen des Begründers, weil ein Kind nach dem Sinn des Gesetzes einen solchen Willen gar nicht besitze.

Thompson, On Negligence, I, 294, zitiert nach der Entscheidung Flagstaff v. Gomez, (Ariz. 1921) 202 P 401, 23 ALR 661, 667 (1921) (ein kleines Mädchen ist in einem offenen Graben entlang einer Wohnstraße ertrunken. Die Klage des administrator of the estate war erfolglos.) weist die Annahme einer agency ebenfalls zurück, weil ein Kind seinen keeper nicht freiwillig auswählen könne, sondern dieser ihm durch die Naturgesetze oder andere Umstände ausgesucht werde.

IV. Die "guardianship"

Indessen lehnt das common law nicht nur die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Begründung der "agency" zwischen Eltern und Kindern ab. Dem angelsächsischen Recht ist vielmehr auch das Institut der gesetzlichen Vertretung fremd.¹⁸²⁾ Zwar ist wegen einiger Ausnahmen die Feststellung nicht ganz zutreffend: "the keynote of the English law concerning infants capacity is ... the fact that there does not exist a legal representation of infants"¹⁸³⁾. Aber das gegenüber den kontinentalen Rechten hervorstechende Merkmal des angelsächsischen Rechts ist doch der Umstand, daß die Eltern kraft Gesetzes nicht in der Lage sind, sich allgemein an Stelle ihres Kindes rechtswirksam zu verhalten.¹⁸⁴⁾

Im allgemeinen gesteht das angelsächsische Recht einer einzelnen Person nicht zu, in allen Bereichen an Stelle des Kindes zu handeln, sondern beschränkt die Handlungsbefugnis auf einzelne Angelegenheiten. Es gibt im common law keinen allgemeinen Vormund für das Mündel, sondern immer nur Sorgepflichtige für bestimmte Zwecke.¹⁸⁵⁾

So ist das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern durch die "guardianship"¹⁸⁶⁾ geprägt. In diesem Rahmen steht die Personensorge für das Kind und entsprechend

182) Vgl. dazu Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft S. 166 ff.

183) So Goldsmith, English law from a foreign standpoint S. 164 (übernommen aus Müller-Freienfels aaO).

184) Vgl. Müller-Freienfels, aaO S. 167.

185) Vgl. Müller-Freienfels, aaO S. 168.

186) Allgemeine Nachweise zur guardianship in 25 Am.Jur. Guardian and Ward, und in 39 Am.Jur. Parent and Child.

Die guardianship wird als eine "trust relation of the most sacred character" bezeichnet, innerhalb deren der guardian für einen ward handelt, der unfähig ist, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen (so 25 Am.Jur. Guardian and Ward § 2); vgl. auch die Definition nach Black's Law Dictionary: "A guardian is a person who has legally the care and management of the person, or the estate, or both, of a child during its minority".

Man unterscheidet im amerikanischen Recht im allgemeinen drei Arten der guardianship: Einmal die "natural guardianship", die mit der Stellung der Eltern verbunden ist; sodann die "testamentarische guardianship" und die "guardianship by judicial appointment". Vgl. 25 Am.Jur. Guardian and Ward §§ 1 ff. Im englischen Recht gibt es nach T.E. James, Child Law, London 1962 S. 4 ebenfalls noch drei übriggebliebene Arten der guardianship, die als "natural guardianship", "guardianship for nurture" and "guardianship by statute" bezeichnet werden.

die Schutz- und Fürsorgepflicht der Eltern im Vordergrund. Die Eltern haben als "natural guardians" ¹⁸⁷⁾ das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, d.h. auf das Kind aufzupassen, es zu schützen und zu erziehen. ¹⁸⁸⁾

Darüber hinaus steht den Eltern als "natural guardians" im allgemeinen aber nicht wie bei der gesetzlichen Vertretung eine umfassende Handlungsbefugnis für das Kind zu. Vor allem ist ihnen in dieser Eigenschaft grundsätzlich nicht die Vermögenssorge für das Kind übertragen ¹⁸⁹⁾, sondern kann ihnen nur in besonderen Fällen durch gerichtliches Handeln zugewiesen werden.

Auch wenn jedoch einem "guardian" die Vermögenssorge anvertraut ist, handelt er nicht als gesetzlicher Vertreter mit Wirkung für und gegen das Mündel, sondern als Treuhänder. Das bedeutet, daß ein "guardian" in eigenem Namen handelt und auch allein und persönlich die Verantwortung für Verträge übernimmt, die er für seinen ward abschließt. Ein "guardian" kann daher das Vermögen seines Mündels durch Verträge nicht verpflichten. ¹⁹⁰⁾

187) Im allgemeinen wird nur der Vater als "natural guardian" angesehen und erst nach seinem Tode die Mutter. Vgl. 25 Am.Jur. Guardian and Ward §§ 7, 9. Diese historisch überkommene Regelung ist in manchen Staaten indessen durch Gesetz oder Richterspruch zugunsten beider Eltern durchbrochen.

188) 39 Am.Jur. Parent and Child § 6. Diese Personensorge wird auch als "custody" bezeichnet.

189) Dies wird besonders deutlich hervorgehoben in der Entscheidung des Supreme Court of Michigan, Power v. Harlow, 57 Mich. 107, 23 NW 606 (1885): Ein achtjähriger Junge hat auf dem Grundstück eines Farmers, bei dem sein Vater als Arbeiter beschäftigt war, Dynamit gefunden und sich bei dessen Explosion verletzt. Auf den Einwand des Beklagten, das Kind müsse sich das Aufsichtsverschulden seines natural guardian zurechnen lassen, erwidert das Gericht: "Der natural guardian hat nicht die Macht, irgendein Recht des ward aufzugeben, dessen Person seiner Sorge anvertraut ist. Er hat nur die Personensorge, aber keinerlei Aufsicht über das Vermögen seines Mündels; eine Verfügungsbefugnis kann ihm nur durch ein gerichtliches Verfahren eingeräumt werden, und auch dann nur, wenn er Gewähr für eine verantwortliche Ausübung bietet".

190) Vgl. Müller-Freienfels aaO S. 167 f.; 170. Vgl. weiter 25 Am.Jur. Guardian and Ward § 98: "Ein guardian kann im allgemeinen nicht seinen ward oder dessen Vermögen vertraglich verpflichten ... Das Vermögen des ward haftet nicht für Schäden, die aus dem Bruch des promise eines guardian entstehen ...".

Schon aus diesem Grund stellt sich im Vermögensrecht die Frage der Zurechnung des Verschuldens des "guardian" gegenüber dem ward nicht. Ein Mündel muß grundsätzlich nicht mit seinem Vermögen für schuldhaftes Handeln seines "guardian" einstehen. ¹⁹¹⁾

V. Zusammenfassend mag das Wesen der Beziehung zwischen Eltern und Kindern, welche als (natural) "guardianship" und nicht als "agency" gekennzeichnet wurde, noch einmal an Hand einiger Entscheidungen deutlich werden. Dabei werden zugleich die Unterschiede zwischen "guardianship" und "agency" erneut sichtbar zum Ausdruck kommen.

Die Gerichte haben immer wieder darauf hingewiesen, daß die elterlichen Aufsichts- und Fürsorgepflichten nicht auf Grund einer Vereinbarung bestehen, sondern sich aus dem natürlichen Recht ergeben. So betont etwa der Supreme Court of Texas in Galveston, H. & H. Ry. Co. v. Moore ¹⁹²⁾, die Fürsorge-, Schutz- und Erziehungspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern entstammten einer "legal obligation", und in Berry v. Lake Erie & W. R. Co. ¹⁹³⁾ wird dieser Gedanke weitergeführt; das Kind habe keinerlei Einfluß auf die Wahl der Person ausüben können, deren Sorge es anvertraut wurde.

In Plouf v. Burlington Traction Co. ¹⁹⁴⁾ bezeichnet der Supreme Court of Vermont die Eltern "als die natürlichen Beschützer und guardians ihrer minderjährigen Kinder". Sie seien aber nicht "ihre agents, die einen Anspruch aus tort verwirken könnten". Dasselbe Gericht führt zur Stellung eines Vaters gegenüber seiner zweijährigen Tochter aus, die bei einem Unfall an einer Bahnkreuzung aus seinem Wagen geschleudert und verletzt wurde: "Ihr Vater, der 'by law was the custodian of her person', nahm deswegen nicht die Stellung eines 'agent of the child' ein, sondern die eines 'agent of the law'. Und er konnte sie nicht

191) Auch in der Zusammenstellung der Unterschiede zwischen agency und guardianship in 2 Am. Jur. Agency § 5 wird noch einmal darauf hingewiesen, daß das Handeln eines guardian im Gegensatz zu dem eines agent eine persönliche Haftung des ward nicht begründen kann.

192) 59 Tex. 64, 46 Am. Rep. 265 (1883): Ein fünfjähriger Junge, der mit seinem älteren Bruder auf eine Besorgung geschickt wurde, ist beim Überqueren von Bahngleisen angefahren und verletzt worden.

193) Oben Anm. 122.

194) 70 Vt. 509, 41 A 1017 (1898): Ein zehnjähriger Junge, der für sein Alter ziemlich entwickelt war, ist beim Überqueren einer Bahnlinie tödlich überfahren worden. Die Klage der Eltern als administrators of the estate hatte entgegen der Vorinstanz Erfolg.

irgendwie nachteilig verpflichten" 195).

Ähnlich lauten die Grundsätze des Gerichts in Virginia ¹⁹⁶⁾: Die Eltern seien nicht 'agents of the child'. Das Recht vertraue zwar die Für- und Personensorge des kleinen Kindes den Eltern an; wenn aber diese Pflicht nicht erfüllt würde, dann sei das die Schuld der Eltern und nicht des Kindes.

Auch der Appellate Court of Indiana sieht keine Berechtigung, die Stellung des custodian in die eines agent umzudeuten, der dann die Rechtsmacht hätte, Rechte des Kindes aufzugeben. ¹⁹⁷⁾

Besonders deutlich wird der Unterschied der beiden Rechtsinstitute in der schon mehrfach erwähnten Entscheidung Bottoms v. S...R.Co. ¹⁹⁸⁾: "Ein Kind kann keinen agent bestellen. Die Rechtsmacht, auf Grund deren die Eltern eine Aufsicht über das Kind ausüben, ist daher 'derived from the law'. Es ist ein uralter Rechtsgrundsatz, daß der Mißbrauch einer Rechtsmacht, die vom Gesetz abgeleitet wird, die Rechte der unterworfenen Person nicht beeinträchtigt...".

§ 14

Die "Billigkeit"

I. In der überwiegenden Zahl der Gerichtsentscheidungen wird jedoch die Doktrin der Zurechnung nicht mit dem Argument des Fehlens der Beziehung der agency abgelehnt. Es sind vielmehr meist Gesichtspunkte der Billigkeit und Gerechtigkeit, mit denen die Zurückweisung einer Zurechnung des Mitverschuldens von Aufsichtspersonen begründet wird. ¹⁹⁹⁾ Es erscheint charakteristisch für den durchaus praktisch veranlagten Sinn der amerikanischen Gerichte, daß unter den Urteilsgründen nicht die wissenschaftlichen oder streng juristischen Argumente überwiegen, sondern daß die allgemeinen, vernünftigen, menschlichen Erwägungen im Sinne eines "common sense" eine hervorragende Rolle spielen. Dies ist wohl auch zum Teil durch die Notwendigkeit bedingt, die jury von der Gerechtigkeit einer Lösung zu überzeugen.

195) In Howe v. Central Vermont Ry.Co., 101 A 45 (Vt. 1917): Der Wagen wurde beim Überqueren der Gleise noch hinten von einem Zug gestreift.

196) In der schon oben Anm. 171 erwähnten Entscheidung Norfolk & W.R.Co. v. Groseclose's Adm'r.

197) In der Entscheidung City of Jeffersonville v. McHenry, oben Anm. 144.

198) Oben Anm. 146.

199) Das wird auch besonders deutlich an dem zusammenhängenden Text der zwei beispielhaften Entscheidungen oben Anm. 107 f.

II. So ist es dem Supreme Court of Pennsylvania in dem Fall Kay v. Pennsylvania R. Co. ²⁰⁰⁾ offenbar eine Selbstverständlichkeit, einem neunzehn Monate alten Mädchen, das von einem einzelnen Eisenbahnwagen überfahren und so verletzt wurde, daß beide Arme amputiert werden mußten, einen Anspruch gegen die Gesellschaft zu gewähren. Die Mutter war arm, sie war beim Waschen und hatte ein paar Minuten nicht auf ihr Kind geachtet; währenddessen gelangte das Mädchen unbemerkt auf die durch eine Wohngegend führenden Schienen. "Die Doktrin, welche die Nachlässigkeit der Eltern in einem solchen Fall dem Kind zurechnet, schlägt unseren natürlichen Instinkten ins Gesicht; sie ist unvereinbar mit den Lebensbedingungen der Menschen, die sich ihr Brot durch tägliche Arbeit verdienen müssen". Es sei kein Grund vorhanden, warum ein positives Unrecht ungesühnt bleiben solle, nur weil unter Umständen noch ein passives nachlässiges Verhalten der Mutter hinzukomme.

In der späteren Entscheidung dieses Staates, Erie City Pass. Ry. Co. v. Schuster ²⁰¹⁾, wird die rule of imputation ebenfalls als "nicht auf einer vernünftigen Grundlage beruhend" zurückgewiesen.

In Westbrook v. Mobile & O. R. Co. ²⁰²⁾, wo ein vierjähriger Junge, in Begleitung seines achtjährigen Bruders, beim Überqueren von Bahngleisen von einem Zug angefahren wurde, führt der Supreme Court of Mississippi im Jahre 1889 aus: "Die Pflicht der Eltern, auf ihre Kinder aufzupassen, nimmt je nach der Schwäche und Unmündigkeit des Kindes gebieterisch zu, und wenn sie dieser Pflicht nicht nachkommen, dann trägt ihre Fahrlässigkeit neben der Schuld des Dritten zu dem Unfall bei ... und es scheint, daß die Vernachlässigung der Kinder durch ihre Aufsichtspersonen für andere nicht ein Freibrief sein sollte, ihnen ebenfalls etwas Böses anzutun, sondern eine entgegengesetzte Wirkung haben sollte ... Das Kind mit der Fahrlässigkeit seiner Eltern oder custodians zu belasten, würde bedeuten, die Kinder mit den Sünden der Väter in einem Ausmaß heimzusuchen, wie es nicht in den zehn Geboten vorgesehen ist oder den unvollkommeneren menschlichen Gesetzessammlungen..." ²⁰³⁾.

200) 65 Pa. St. 269, 3 Am. Rep. 628 (1870).

201) 113 Pa. St. 412, 6 A 269, 57 Am. Rep. 471 (1886): Ein vierjähriges Mädchen ist an einer Straßenkreuzung unter eine Straßenbahn geraten und verletzt worden.

202) 66 Miss. 560, 6 S 321, 14 Am. St. Rep. 587 (1889).

203) Bei dem letzten Satz beruft sich das Gericht auf eine frühere Entscheidung des Supreme Court of New York, Lannen v. Gas-Light Co., 46 Barb. 264.

Der Supreme Court of Ohio ²⁰⁴⁾ hat die Lehre von der Zurechnung "als die alte Doktrin" bezeichnet, "daß die Kinder stumpfe Zähne bekommen, weil der Vater saure Trauben gegessen hat". Sie sei eine handgreifliche Ungerechtigkeit gegenüber dem Kind.

Missouri zählt zu den Staaten, in denen die rule of imputation schon frühzeitig zurückgewiesen wurde "als hart und unvereinbar mit der Gerechtigkeit" ²⁰⁵⁾. Die Gerichte dieses Staates haben auch weiterhin scharf gegen eine Zurechnung Stellung genommen. Neff v. City of Cameron ²⁰⁶⁾ erklärt sie als "in klarem Gegensatz mit dem common law" stehend. Sie sei eine Irrlehre, die die Kinder mit den Sünden der Väter heimsuche. Es sei ein klarer Grundsatz des common law, daß man für sein erlittenes Unrecht von jedem Ersatz fordern könne, der daran teilgenommen habe. Im gleichen Sinne hat sich die Entscheidung Berry v. St. Louis, M. & S.E.R.Co. ²⁰⁷⁾ aus demselben Jahr ausgesprochen. Eine Zurechnung sei hart und ungerecht. Man könne sich nicht dadurch von seiner Haftung befreien, daß zufällig noch eine andere Person an dem Unfallschaden beteiligt gewesen sei.

204) In Bellefontaine & I.R.Co. v. Snyder, 18 Ohio St. 399 (1868). (Diese Entscheidung war nicht zugänglich. Das Zitat mit den Trauben taucht jedoch in manchen späteren Urteilen auf, jeweils unter Hinweis auf dieses "precedent", z.B. in Warren v. Manchester St. Ry. Co. (oben Anm. 164) oder in Neff v. City of Cameron (Mo. 1908) 111 SW 1139, oben Anm. 163, unten Anm. 206).

205) Vgl. die Nachweise in der Entscheidung Winters v. Kansas City Cable Ry. Co. (oben Anm. 145) hinsichtlich eines Falles, Boland v. ... R.Co., 36 Mo. 484, der schon in den sechziger Jahren entschieden wurde, wo die Fahrlässigkeit der Mutter, die ihr Kind auf die Straße ließ, nicht zugerechnet wurde. In einem anderen Fall, Isabel v. ... R.Co., 60 Mo. 483, hat das Gericht bei der Verletzung eines sechsjährigen Mädchens auf der Straße ausgeführt: "Wenn es schlechthin Fahrlässigkeit bedeuten würde, daß eine Mutter ihr Kind unbeaufsichtigt auf die Straße läßt, dann würden die Armen im Lande von allen Vorteilen einer öffentlichen Schule ausgeschlossen, weil eine solche nicht ohne Überqueren oder Benutzung einer öffentlichen Straße erreichbar ist". (Beide Entscheidungen waren nicht zugänglich.)

206) Mo. 1908, oben Anm. 163.

207) 214 Mo. 593, 114 SW 27 (1908): Ein vierjähriger Junge in Gesellschaft eines fünfzehnjährigen Freundes, ist beim Spielen an einer Drehscheibe der beklagten Bahngesellschaft in der Nähe eines Spielplatzes verletzt worden.

Dieser letzte Gesichtspunkt kehrt in der Begründung zahlreicher anderer Entscheidungen wieder. Der Supreme Court of Alabama ²⁰⁸⁾ hat betont, dem Kind müßte eigentlich ein größerer Schutz zuteil werden, wenn die Eltern ihrer Pflicht nicht nachkommen, das Kind vor Schaden zu bewahren. "Wenn ein Kind von seinen Eltern verlassen wird, als herrenloses Gut aufgegeben wird, dann kann sich, so scheint es uns, nicht jemand, der diesem Kind schuldhaft einen Schaden zugefügt hat, auf dieses Vergehen der Eltern berufen, um selbst einer Haftung für diese unerlaubte Handlung zu entgehen. Es widerspricht unserem Gerechtigkeitsgefühl, daß nur deswegen, weil die Eltern nicht auf ihr Kind aufgepaßt haben, andere Personen straflos das Kind gleichfalls fahrlässig verletzen dürfen ... Das Recht kann keine aktive, unterstützende Nächstenliebe gegenüber dem Kind erzwingen, es kann das Kind aber vor fahrlässigen Handlungen bewahren ...". In ähnlicher Weise hat der Supreme Court of Texas in Galveston, H. & H. Ry. Co. v. Moore ²⁰⁹⁾ keinen Grund dafür gesehen, die Pflichtverletzung eines Dritten, die zu einem Unfall des Kindes geführt hat, deswegen zu entschuldigen, weil sich auch die Eltern eine Pflichtverletzung zuschulde kommen ließen.

In Watson v. Southern Ry. ²¹⁰⁾ betont der Supreme Court of South Carolina: "Einem nicht schulfähigen Kind ein mitwirkendes Verschulden zuzurechnen, würde bedeuten, es durch Zurechnung zu einem Übeltäter zu machen, während es in Wirklichkeit gar keiner sein könnte. Es würde eine Heimsuchung der Unschuldigen mit den Fehlern der Schuldigen darstellen ... Eine solche Doktrin ist eine Anomalie in unserem Recht ... Die entgegengesetzte Auffassung verletzt all unsere Vorstellungen von Gerechtigkeit und von den Grundsätzen des common law, ... das besonders auf die Rechte und die Sicherheit der Hilflosen Rücksicht nimmt und nicht deshalb Fahrlässigkeit entschuldigt, weil diese bei der Verletzung eines Unschuldigen mit einer anderen Fahrlässigkeit zusammentrifft".

Auch der Supreme Court of Indiana ²¹¹⁾ wendet sich dagegen, daß das mitwirkende Verschulden einer Aufsichtsperson an einem Unfall dem Kind seinen Anspruch gegen den Beklagten nehmen soll, der gleichermaßen schuldhaft an dem

208) In Government Street R. Co. v. Hanlon, 53 Ala. 71. (aus den siebziger Jahren. Die Entscheidung war nicht zugänglich. Der Nachweis dieser Entscheidung und das Zitat finden sich jedoch sehr oft, z. B. in Galveston ... Ry. Co. v. Moore (Tex. 1883) (oben Anm. 192); South Covington ... Ry. Co. v. Herrklotz, Ky. 1898 (unten Anm. 221), und Westbrook v. Mobile ... R. Co. (oben Anm. 202). Der Sachverhalt ist wohl, daß eine Mutter ihr Kind allein auf die Straße hatte gehen lassen.)

209) Oben Anm. 192.

210) 66 S. C. 47, 44 SE 375 (1903) (oben Anm. 146).

211) In City of Evansville v. Sennhenn (oben Anm. 119).

Zustandekommen des Unfalls beteiligt war; ebenso wie der Supreme Court of New Hampshire ²¹²⁾ es seltsam findet, daß ein Kind bei der Verletzung durch nur eine Person einen Anspruch geltend machen könnte, daß sich dagegen bei der Verletzung durch zwei Personen deren Schuld gegenseitig aufheben soll, so daß ein Anspruch entfällt. In Ploof v. Burlington Traction Co. ²¹³⁾ weist der Supreme Court of Vermont auf den Grundsatz hin, daß jeder Mittäter einer unerlaubten Handlung (joint tort-feasor) für den angerichteten Schaden verantwortlich sei, und daß sicher bessere Gründe dafür zu finden wären, dem Kind einen Anspruch gegen seine Aufsichtspersonen und zugleich gegen den dritten Schädiger zu geben, als es von einem Ersatz völlig auszuschließen.

Einem dreijährigen Jungen, dem eine Straßenbahn über den Fuß gefahren war, rechnete der Supreme Court of Appeals of West Virginia in Prunty v. Tyler Traction Co. ²¹⁴⁾ das Verschulden seines Vaters nicht zu, der es nach dem Aussteigen aus dem Auto nicht gleich mit in die Wohnung genommen hatte. Sowohl die Eltern wie andere Verkehrsteilnehmer würden dem Kind Sorgfalt schulden, und die fahrlässige Pflichtverletzung einer Person stelle keinen Freibrief für einen Dritten dar, das Kind ebenfalls fahrlässig zu verletzen.

Es kommt hinzu, wie der Supreme Court of Minnesota in Brennan v. Minnesota, D. & W.Ry. Co. ²¹⁵⁾ betont hat, daß ein Kind nicht nur ein Recht hat, sich auf die überlegene Urteilskraft seines Vaters zu verlassen, sondern sogar die Pflicht, so zu handeln und ihm nicht zu widersprechen.

Häufig wird der Anspruch eines Kindes wegen seiner körperlichen Verletzungen mit einem 'property right' verglichen, das ohne Rücksicht auf ein Mitverschulden dritter Personen geltend gemacht werden könne. So weist etwa der gleiche Gerichtshof in Mattson v. Minnesota & N.W.R. Co. ²¹⁶⁾ auf diese Eigenschaft des Anspruchs hin und betont dessen ebenbürtige Schutzwürdigkeit. Dem Kind die Fahrlässigkeit anderer zuzurechnen, sei "äußerst hart". Den gleichen Gesichtspunkt zieht der Gerichtshof in Michigan heran ²¹⁷⁾; er bezeichnet in seiner späteren Entscheidung Schindler v. Milwaukee, L.S. & W.Ry. Co. ²¹⁸⁾ die Beweisführung

212) In Warren v. Manchester St. Ry. (oben Anm. 164).

213) Oben Anm. 194, aaO S. 1018.

214) 110 SE 570 (1922).

215) 153 NW 611 (1915) (oben Anm. 175).

216) Oben Anm. 124.

217) In Power v. Harlow (1885), oben Anm. 189.

218) 49 NW 670 (1891): Ein fünfjähriger Junge, der auf Einladung eines Bierkutschers auf einem großen, mit Fässern beladenen Schlitten mitfuhr, ist beim Zusammenprall mit einem Zug der beklagten Eisenbahngesellschaft verletzt worden.

für die rule of imputation als unbefriedigend. Es gebe keinen Gerechtigkeitsgrundsatz, der eine solche Zurechnung gegenüber einem unschuldigen Kind fordere. Die Doktrin bestrafe vielmehr die Unschuldigen und lasse die Schuldigen entkommen.

Auch der District Court of Indiana bringt in Berry v. Lake Erie & W.R.Co.²¹⁹⁾ die Überlegung mit dem 'property right' in seiner Begründung und fährt dann fort: "Das Recht sollte das Leben und die Gesundheit der hilflosen Kinder mit der gleichen eifersüchtigen Sorgfalt schützen wie seine 'property rights'. Das Kind hat das Recht, genügend Schutz und Sorgfalt von den Eingebungen der elterlichen Liebe zu erwarten; wenn aber eine solche Sorgfalt nicht ausgeübt wird, soll dann das Kind nicht wieder gut zu machenden Schaden davontragen, weil die Eltern versäumten, es vor Schaden zu bewahren? Und es scheint eine hartherzige, wenn nicht grausame Regel, die es bei zermalmten Gliedern und zerstörter Gesundheit für die Fahrlässigkeit seiner Eltern verantwortlich macht. Wohl möchte solch ein Kind in späteren Jahren fragen: 'Who made me my parents keeper?' Die Sorge der Eltern sollte ein Schild zum Schutz der Kinder sein, ihr Fehlen sollte aber nicht als ein Schwert benutzt werden, das Recht des Kindes auf Schadensersatz zu beschneiden oder zu zerstören ... Eine solche rule ist eine Anomalie in unserem Recht."

In der ausführlichen Entscheidung Atlanta & C. Airline Ry. Co. v. Gravitt²²⁰⁾ erklärte der Supreme Court of Georgia die rule of imputation als "gänzlich unvernünftig"; sie widerspreche völlig dem Gerechtigkeitsgefühl, und eine verständige Begründung könne für sie nicht gefunden werden. Ähnliche Billigkeitsurteile, die häufig in wenigen Worten zusammengefaßt sind, finden sich auch in zahlreichen anderen Entscheidungen. Nach dem Urteil des Court of Appeals of Kentucky, South Covington & Co. St. Ry. Co. v. Herrklotz²²¹⁾, ist die rule, die einem un-

219) 70 F 679 (1895), oben Anm. 122.

220) 93 Ga. 369, 20 SE 550 (1894): Ein elfjähriger Junge, der sich in Begleitung seines Onkels befand, ist von einem Zug tödlich überfahren worden. Die Entscheidung enthält eine umfangreiche Erörterung der rule of imputation und zahlreiche Nachweise, obwohl dies gar nicht notwendig war (wie der Richter an einer Stelle (aaO S. 550) selbst zugibt). Einmal handelte es sich um eine "death-action", wo ganz andere Grundsätze gelten, zum anderen mußte die Klage deshalb abgewiesen werden, weil eine negligence der Bahn und damit eine Haftungsgrundlage nicht festgestellt werden konnte.

221) 104 Ky. 400, 47 SW 265 (1898): Ein knapp vierjähriger Junge ist auf der Straße unter einen Eisenbahnwagen geraten und dabei schwer verletzt worden. Die rule wurde zugleich als "non consistent with reason nor the principles of equity" bezeichnet.

mündigen Kind einen Ersatzanspruch nur wegen der Fahrlässigkeit der Eltern nimmt, "absurd und widerspricht der natürlichen Gerechtigkeit". Ähnlich lautet die Formel eines Gerichts in Tennessee ²²²⁾, und der Supreme Court of Colorado hat die rule of imputation in Denver City Tramway Co. v. Brown ²²³⁾ bei der Verletzung eines fünfjährigen Jungen, der seiner Mutter einen Drachen vorführen wollte und dabei in eine Straßenbahn lief, nicht nur "als unvernünftig, sondern als absurd und unmenschlich" bezeichnet. Nach Zarzana v. Neve Drug Co. ²²⁴⁾ widerspricht die Zurechnung "vollkommen den Auffassungen über Gerechtigkeit", und in Oregon ²²⁵⁾ wurde die rule als "hart im Extrem" zurückgewiesen.

Andere Urteile geben gar keine Begründung mehr für die Ablehnung der Zurechnung, sondern berufen sich einfach auf die "bessere rule" der Nichtzurechnung ²²⁶⁾, welche als "gerecht und vernünftig" gebilligt wird ²²⁷⁾!

222) In Whirley v. Whiteman, 1 Head 610, zitiert nach Bottoms v. S. . . R. Co., (oben Anm. 146) S. 731.

223) 57 Colo. 484, 143 P 364 (1914).

224) Cal. 1919, oben Anm. 130.

225) In Webb v. Hoover-Guernsey Dairy Co., 4 P 2d 631 (1931): Ein zwei Monate altes Kind, im Schoß der Mutter, wurde bei einem Autounfall verletzt, bei dem der Vater als Fahrer des Wagens schuldhaft beteiligt war.

226) Etwa der Supreme Court of Nebraska in Huff v. Ames, 16 Neb. 139, 19 NW 623 (1884) bei der Klage eines elfjährigen Jungen, der an einer gefährlichen Maschine bei dem Beklagten zu arbeiten hatte, wobei er zwei Finger verlor. Daß der Vater die Arbeit des Jungen zugelassen hatte, konnte diesem nicht nachteilig angerechnet werden; oder der Supreme Court of Michigan in Shippy v. Village of Au Sable, 85 Mich. 280, 48 NW 584 (1891), wo ein kleines Mädchen sich während eines Gesprächs seiner Eltern von deren Hand losmachte und in eine Aushöhlung neben dem Gehweg trat, wobei es schwer verletzt wurde. Vgl. auch die späteren Entscheidungen in Michigan in diesem Sinne, meist unter Berufung auf dies precedent, nämlich Fye v. Chapin, 80 NW 797 (1899), wo ein vierjähriges Kind zu Hause von dem großen Hund des Beklagten bei dem Besuch zweier seiner agents angefallen wurde, - keine Zurechnung - und Boehm v. City of Detroit, 141 Mich. 277, 104 NW 626 (1905): Ein vierjähriges Kind ist nachts in Begleitung seines Vaters auf einem schadhafte Gehweg verletzt worden. Vgl. auch das Urteil St. Louis, I.M. & S.Ry.Co. v. Flinn, 88 Ark. 484, 115 SW 142 (1908), wo ein kleines Kind im Arm seiner Mutter von einem Zug überfahren wurde. Die begleitenden Eltern erlitten tödliche Verletzungen; das Kind konnte Ersatz verlangen.

227) Z.B. in der Entscheidung des Supreme Court of Washington, Gregg v. King County, 141 P 340 (1914): Ein sechsjähriger Junge, der mit seinem Bruder an

IV. Auch die Rechtswissenschaft hat sich bei der fast einhelligen Zurückweisung der rule of imputation in den ersten Jahrzehnten des Jahrhunderts im wesentlichen auf Argumente der Billigkeit gestützt. ²²⁸⁾

So führt etwa Judge Thompson ²²⁹⁾ aus, es müsse als ein Vorwurf gegenüber den Richtern ausgelegt werden, daß die rule of imputation in einer aufgeklärten Gerichtsbarkeit noch angewandt werde. Wer durch das Zusammenwirken der Verschulden zweier Personen verletzt worden sei, habe in der Regel gegen beide Täter einen Anspruch; dieser Grundsatz müsse auch bei der Verletzung eines kleinen Kindes gelten, wenn man ihm, das gerade schwach und hilflos sei, nicht den gleichen Schutz wie einem Erwachsenen abstreiten wolle. "Eine solche Auffassung ist grausam, herzlos und schlecht. Sie kann nur in einem Recht gelten, das Eigentum über Menschlichkeit stellt".

Nach Cooley ²³⁰⁾ ist die Doktrin der Zurechnung "a barbarous rule", die allgemeinen Haftungsgrundsätzen widerspricht, nur weil sie das Kind unter dem Unrecht einer Person leiden läßt, die es nicht ausgesucht hat. Sie bedeute gerade für eine Personengruppe große Ungerechtigkeit, die wegen ihrer Hilflosigkeit besonderen Schutz verdiente ...

Ebenso weist Beach ²³¹⁾ die Zurechnung gegenüber kleinen Kindern zurück: "Die Anwendung dieser rule ist eine Anomalie. Das englische Recht gibt dafür ein gutes Beispiel: "... Wenn ein Esel auf der Straße aus Nachlässigkeit zusammengefahren wird, wo ihn sein Besitzer ebenfalls fahrlässig stehen gelassen haben

Fortsetzung der Fußnote 227) von Seite 94:

der Anlegestelle eines Dampfers saß, brachte beim Anlegen eines Schiffes seine Hand zwischen Dock und Anlegebalken und behielt davon eine steife Hand. Seine Klage gegen den Dockbesitzer war erfolgreich. Oder auch Atchison ... Ry. Co. v. Calhoun, oben Anm. 170.

228) Überwiegend waren die Schriften der Autoren, die im Folgenden zitiert werden, nicht zugänglich. Manche Stellen werden jedoch immer wieder in den Entscheidungen angeführt, so daß man sich durchaus eine Vorstellung von ihren Argumenten bilden kann.

229) Thompson, On Negligence, Bd. I, 294, zitiert nach Town of Flagstaff v. Gomez, 23 Ariz. 184, 202 P 401, 23 ALR 661 (1921) (oben Anm. 181); und Flaherty v. Butte Electric Co., 1910 (oben Anm. 168).

230) Cooley, A treatise on the Law of Torts, revised students ed. by Throckmorton, 1930, § 333.

231) Beach, On contributory negligence, 3d ed. § 127; zitiert nach Neff v. City of Cameron, oben Anm. 163, und Zarzana v. Neve Drug Co., oben Anm. 129.

mag, dann ist der Beklagte verantwortlich; und obwohl Austern nachlässig in einem Flußbett ausgelegt sein mögen, ist es doch eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung, wenn ein Schiff diese Anlagen fahrlässig zerstört. Es scheint also, daß ein Kind, wäre es ein Esel oder eine Auster, Schutz erhalten würde, der ihm als menschlichem Wesen von jungen Jahren versagt wird ... " 232)

Auch nach Bishop ²³³⁾ steht die Doktrin der imputation of negligence in "klarem Widerspruch zu den Grundsätzen des common law wie nur irgendetwas". "Das Recht hat noch nie einem Kind sein Eigentum weggenommen, weil sein Vater arm war oder faul oder ein Schurke oder weil jemand, der für einen Schaden verantwortlich gemacht werden könnte, zufällig eine nachlässige Aufsichtsperson war. Eine solche Doktrin gehört nicht dem common law an".

Schließlich bringt Wharton ²³⁴⁾ noch das Beispiel, daß ein Lokomotivführer an einem Bahnübergang fahrlässig ein Fahrzeug überfährt, in dem der Fahrer und ein Kind sitzen, welches dieser auf der Straße aufgelesen hat. Er stellt die Frage, ob es gerecht sei, daß der Fahrer einen Anspruch gegen die Bahn geltend machen könne, während das Kind wegen eines Aufsichtsverschuldens der Eltern von einem solchen Anspruch ausgeschlossen sei. ²³⁵⁾

232) Dieses Zitat ist wohl typisch für die Argumentation des frühen common law, das sich einfach an früher entschiedenen Fällen orientiert.

Diese beiden Beispiele mit dem Esel und den Austern sind englischen Beispielen entnommen, und zwar handelt es sich bei dem Esel um die Entscheidung Davies v. Mann, 10 M. & W. 546 (1842), welche als Ursprung der Theorie der "last clear chance" angesehen wird (vgl. oben Anm. 51 sowie Schofield, Davies v. Mann, Theory of contributory negligence, 3 Harv. L. Rev. 263 (1890); Ein Esel, der an den Füßen gefesselt war, wurde auf der Straße von dem Fahrzeug des Beklagten umgefahren. Der Beklagte hatte nach Ansicht des Gerichts die letzte Möglichkeit, den Schadenseintritt zu vermeiden, und haftete daher.

Es ist etwas unklar, was diese beiden Entscheidungen mit dem vorliegenden Problem zu tun haben, denn jedenfalls erhält nur der Herr des Esels oder der Austern Ersatz, nicht die Tiere selbst. Der Hinweis auf diese Beispiele findet sich jedoch erstaunlich oft.

233) Bishop, Noncontract Law, § 582; zitiert nach Chicago City Ry. Co. v. Wilcox, oben Anm. 116, und Mattson v. Minnesota & N.W.R. Co., oben Anm. 124.

234) Wharton, A Treatise of the Law of Negligence, 2d ed. 1878, §§ 312 ff.

235) Vgl. oben Anm. 232; es ist charakteristisch für die Argumentation des common law, daß es nicht mit wissenschaftlichen Argumenten arbeitet, sondern mit Beispielen, die entweder früher schon entschieden wurden oder die erfunden werden.

Eine solche Regelung sei mit dem besonderen Schutz, den das Recht den Kindern gewähre, nicht zu vereinbaren, vielmehr "fordern die allerersten Sühnevorstellungen einer Menschlichkeit einen Ersatzanspruch. Der Schutz der Hilflösen vor einer 'Beraubung' ihrer Rechte ist eine der Hauptaufgaben christlicher Kultur; und wenn es sich dabei um kleine Kinder handelt, dann wird diese Pflicht unterstützt von den natürlichen Instinkten und von einer verständigen Rechtspolitik" 236).

Ein anderer Autor hat die rule of imputed negligence als "eine der größten Anomalien" bezeichnet. 237)

Prosser 238) spricht ebenfalls von einer "barbarous rule" und von der Hartfield-Entscheidung als einer der "bleak decisions which have here and there marred the face of our law".

§ 15

"Public Policy"

Die Hartfield-Entscheidung hatte zur Begründung der Lehre von der Zurechnung wesentlich den Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Rechtspolitik herangezogen, daß die Eltern bei der Zulassung der Klage des Kindes aus ihrem eigenen Verhalten Nutzen ziehen würden.

Es sei gerechter, daß das Kind sich an den ihm näher stehenden guardian halte, als daß es gegen einen außenstehenden Schädiger mit einer Schadenersatzklage vorgehe.

Auch dieser Begründungsversuch hat der Kritik nicht standgehalten und die Gerichte von der Richtigkeit der rule of imputation überzeugen können. 239)

Im Gegenteil, es ist als Grundsatz der public policy bezeichnet worden, daß die Kinder ihren Schaden vom Schädiger ersetzt erhalten, ohne daß ihnen fremdes Verschulden zugerechnet wird.

236) AaO § 313.

237) In 80 U. Pa. L. Rev. 1123 (oben Anm. 85).

238) In Prosser-Smith, Cases on Torts S. 630.

239) Weitgehend vernachlässigen die Entscheidungen diesen Gesichtspunkt der public policy; sie begnügen sich mit den Argumenten der Billigkeit. Soweit allerdings die Gerichte darauf eingehen, gestehen sie der public policy die größte Bedeutung zu. Auch die Rechtswissenschaft räumt dieser Begründung die meiste Berechtigung ein; Harper and James, aaO S. 1271, sprechen z. B. von "some merit".

I. Der Grundsatz, daß niemand aus seinem eigenen schuldhaften Verhalten einen Vorteil ziehen solle, wird zwar von fast allen Gerichten als Bestandteil des common law angenommen. ²⁴⁰⁾ Schadensersatzansprüche des Kindes aus eigenem Recht wegen körperlicher Verletzungen steht er aber nicht im Wege.

Die Gerichte sind vor allem nicht dem Argument gefolgt, daß die Eltern unter diesen Umständen besser auf ihre Kinder aufpassen würden. Die Annahme mutet auch etwas seltsam an, die Eltern würden durch die Aussicht der Zurechnung ihres Verschuldens und damit des Ausschlusses einer Entschädigung des Kindes davon abgehalten, ihre Kinder mutwillig einer Gefahr auszusetzen, und deshalb wirke sich die Theorie der Zurechnung sogar zugunsten der Kinder aus. ²⁴¹⁾

Der Supreme Court of Michigan ²⁴²⁾ weist vielmehr darauf hin, daß diese Vorstellung von ganz außergewöhnlichen Fällen ausgehe; sie setze Eltern voraus, die aus geizigen und geldgierigen Beweggründen eine Verstümmelung oder gar Tötung ihrer Kinder zuließen. Auf einem solch ausnahmsweisen Verhalten von Eltern könne man aber kein Rechtsprinzip aufbauen; es sei das Kind, von dessen Schutz und Bewahrung das Recht auszugehen habe.

In der späteren Entscheidung Schindler v. Milwaukee, L.S. & W.Ry.Co. ²⁴³⁾ verwirft das Gericht wiederum den Gesichtspunkt der public policy im Sinne der Hartfield-Doktrin, soweit es um die Ansprüche des Kindes geht. Die Pflichtverletzung durch eine Aufsichtsperson gegenüber einem Kind stelle keine Entschuldigung für die fahrlässige Verletzung durch einen Dritten dar.

Der Supreme Court of South Carolina ²⁴⁴⁾ räumt dem Gedanken des öffentlichen Interesses eine gewisse Berechtigung ein, die Eltern und Aufsichtspersonen

240) Er ist ein wesentliches Element der Lehre der contributory negligence (vgl. oben § 6). Besonders deutlich kommt der Grundsatz z.B. zum Ausdruck in der Entscheidung Bamberger v. Citizen's St.R.Co., 95 Tenn. 18, 31 SW 163 (1895); Ein dreijähriger Junge, den der Vater seiner Tante anvertraut hatte, ist von einem Spielplatz auf die Straße gelaufen und dort in der Fahrbahn einer Straßenbahn tödlich überfahren worden. Die Klage des Vaters als administrator of the estate hatte keinen Erfolg. Zur Begründung beruft sich das Gericht auf dieses Grundprinzip des common law.

241) So offenbar Cooley in seinen früheren Auflagen. In der Ausgabe von Throckmorton 1930 ist dieses Argument nicht mehr vorhanden.

242) In Battishill v. Humphery (s. oben Anm. 108), wo sich auch der Hinweis auf Cooley findet (S. 900).

243) Oben Anm. 218, aaO S. 676.

244) In Watson v. Southern Ry. (oben Anm. 146) aaO S. 376.

zu einem sorgfältigen Verhalten und zu einem gewissenhaften Aufpassen auf die Kinder anzuhalten. Derartige Überlegungen seien aber verhältnismäßig unwichtig gegenüber den Gründen, die einen Schutz der Kinder gegen außenstehende Personen verlangten. Es widerspreche der Gerechtigkeit, einem hilflosen Kind nur deswegen einen Anspruch zu versagen, weil es durch die Fahrlässigkeit zweier Personen verletzt worden sei.

Auch nach der Entscheidung Newman v. Phillipsburgh Horse Car. R. Co.²⁴⁵⁾ steht der Schutz des Kindes vor Verletzungen im Vordergrund des Rechts. Es liege keinesfalls im öffentlichen Interesse, den Rechten anderer auf diese Weise zum Durchbruch zu verhelfen; es sei auch nicht ungerecht, daß der Täter einer unerlaubten Handlung für die Schäden haftbar sei, die er einer wehrlosen Person zugefügt habe.

2.) Auch in der Rechtswissenschaft findet die Begründung der Zurechnung mit dem Argument der public policy keinen Anklang. Bei Verletzungen des Kindes und dessen Schadensersatzanspruch aus eigenem Recht stehe nicht der Gesichtspunkt im Vordergrund, daß die Eltern bei einer Zulassung der Klage unter Umständen von ihrem eigenen Unrecht profitieren könnten; vielmehr sei es im Gegenteil gerade ein Gebot der öffentlichen Ordnung, daß in erster Linie das Kind Ersatz für seine Schäden erhalte.²⁴⁶⁾ Es sei den Gerichten zudem ein leichtes, einem eigenen Profit der Eltern einen Riegel vorzuschieben, indem die Ersatzleistungen an das Kind als Trustvermögen behandelt würden und den Eltern nur die Verwaltung daran eingeräumt würde.²⁴⁷⁾

Ein anderer Vorschlag geht dahin, dem Gericht bei der Verwendung des Geldes eine Kontrolle zu geben²⁴⁸⁾, damit die Eltern aus den Ersatzzahlungen an das Kind keinen Nutzen ziehen könnten.

II. Dem Gesichtspunkt der public policy, das verletzte Kind solle sich eher an seine Eltern als an den außenstehenden Schädiger halten²⁴⁹⁾, steht,

245) Oben Anm. 107, aaO S. 1104.

246) Vgl. Cooley, Torts § 333 (oben Anm. 230); sowie die note in 80 Pa.L.Rev. 1131 (oben Anm. 85).

247) So die in der vorigen Anm. erwähnte note.

248) Vgl. die note: Imputed negligence of custodian to child, 47 Harv.L.Rev. 874 (1934).

249) So die Entscheidung Hartfield v. Roper, oben Anm. 87.

wenn man ihn wörtlich auffassen will ²⁵⁰⁾, außer dem Argument der Unbilligkeit ²⁵¹⁾ noch ein weiterer Grundsatz entgegen, der ebenfalls mit der public policy gerechtfertigt wird. Auch deshalb erscheint eine Zurechnung des elterlichen Aufsichtsverschuldens als ausgeschlossen.

Es ist dies der Grundsatz, daß minderjährige Kinder ihre Eltern wegen einer Pflichtverletzung prinzipiell nicht im Wege einer Klage vor Gericht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen können. ²⁵²⁾

Dieses Prinzip, dessen Grundlegung im common law immerhin zweifelhaft ist ²⁵³⁾, hat sich in den amerikanischen Einzelstaaten seit der ersten Entscheidung des Supreme Court of Mississippi im Jahre 1891, Hewlett v. George ²⁵⁴⁾, im

250) Im allgemeinen wird jedoch dieser Gesichtspunkt nicht wörtlich genommen. Eine Auseinandersetzung mit dem entgegenstehenden Prinzip der Nichtzulassung der Klagen von Kindern gegen ihre Eltern findet sich in den Entscheidungen, welche die Zurechnung befürworten, grundsätzlich nicht.

251) Siehe dazu oben § 14.

252) Literaturhinweise zu diesem Problemkreis: McCurdy, Torts between Persons in Domestic Relations, 43 Harv. L. Rev. 1030, 1056 ff. (1931); Note: Doctrine of Parental Immunity, 55 Mich. L. Rev. 463 (1957); Annotations: Right of minor child to sue parent or person in loco parentis for personal tort, 31 ALR 1157; 71 ALR 1071 (1931); 122 ALR 1352 (1939); all superseded by Anno: Liability of parent or person in loco parentis for personal tort against minor child, 19 ALR 2d 423 (1951).

253) Vgl. McCurdy aaO (vorige Anm.) S. 1056, 1059 ff. Wenn die Gerichte im Anschluß an die Entscheidung Hewlett v. George (s. nächste Anm.) allein aus der Tatsache, daß im 19. Jahrhundert praktisch keine einzige Gerichtsentscheidung zu diesem Problemkreis ergangen ist, ableiten wollen, die Nichtzulassung der Klagen von Kindern gegen ihre Eltern sei ein Bestandteil des common law, dann erscheint dies etwas kühn. Es ist McCurdy zuzustimmen, daß das common law diese Frage wohl offen läßt.

254) 68 Miss. 703, 9 S 885 (1891) (an dieser Stelle in der Schreibweise Hewellette v. George; gebräuchlich ist jedoch die im Text gewählte); Eine verheiratete, minderjährige Frau ist von ihrer Mutter für einige Tage in eine Irrenanstalt eingeliefert worden. Ihre Klage gegen die Mutter bzw. nach deren Tod gegen den Nachlaßverwalter wegen Ersatzes für ihre körperlichen und seelischen Qualen wurde abgewiesen.

Das Gericht stützte sich in seiner Begründung auf den angeblichen Grundsatz des common law sowie den Gesichtspunkt der Erhaltung des Familienfriedens.

wesentlichen durchgesetzt.²⁵⁵⁾ Nach der Überzeugung der Gerichte beeinträchtigt eine solche Klage von Kindern gegen ihre Eltern die Integrität und den Frieden der Familie, stört die Autorität der Eltern und widerspricht damit dem öffentlichen Interesse des Staates und der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung der Familie.²⁵⁶⁾

Zwar hat die amerikanische Rechtsprechung inzwischen einige Ausnahmen und Einschränkungen herausgearbeitet, so daß man nicht mehr von einer unbeschränkten Geltung des Grundsatzes ausgehen kann.²⁵⁷⁾

255) Vgl. die Nachweise in den in Anm. 252 aufgeführten Annotations.

Als besonders eindrucksvolle und beispielhafte Entscheidungen seien hier noch hervorgehoben das Urteil des Supreme Court of Tennessee, McKelvey v. McKelvey, 111 Tenn. 388, 77 SW 664 (1903): Klage eines kleinen Mädchens gegen seine Stiefmutter wegen grausamer und unmenschlicher Behandlung, und des Supreme Court of Rhode Island, Matarese v. Matarese, 47 R.I. 131, 131 A 198, 42 ALR 1360 (1925): Tochter hat sich beim Sturz vom Trittbrett des väterlichen Autos verletzt. In beiden Entscheidungen wird die Klage der Kinder abgewiesen, weil ihre Zulassung eine Verminderung der elterlichen Autorität mit sich bringe und damit die Lebenskraft der Familie schwäche, was nicht im Sinn der public policy liege.

256) Dies ist der immer wieder als entscheidend hervorgehobene Gesichtspunkt.

257) Bis zum Jahre 1930 war die Nichtzulassung der Klagen von Kindern gegen ihre Eltern praktisch unangefochten. Leading case, der mit der Tradition brach, ist die Entscheidung des Supreme Court of New Hampshire, Dunlap v. Dunlap, 84 N.H. 352, 150 A 905, 71 ALR 1055 (1930): Ein sechzehn Jahre alter Junge hat während der Ferien im Betrieb seines Vaters gearbeitet und sich dabei verletzt. Die Schadensersatzklage des Sohnes gegen den Vater, der für alle Betriebsschäden versichert war, hatte Erfolg.

Das Gericht weist in einer ausführlichen Begründung alle Gesichtspunkte zurück, die gegen eine solche Klage sprechen könnten. Besonderes Gewicht mißt es dem Umstand zu, daß der Vater versichert war; auch könne die Autorität des Vaters hier nicht verletzt sein, da zusätzlich die Beziehung zwischen master und servant gegeben sei.

In folgenden Fällen ist heute nach der wohl herrschenden Rechtsprechung eine Klage der Kinder gegen ihre Eltern zugelassen (vgl. die in Anm. 252 erwähnten Annotations):

1. Wenn eine zusätzliche Beziehung außer dem Eltern-Kind-Verhältnis gegeben ist, wie etwa zwischen master und servant (vgl. dazu die Entscheidung Dunlap v. Dunlap, supra) oder zwischen Fahrgast und öffentlichem Verkehrsmittel (vgl. dazu etwa die Entscheidung Lusk v. Lusk, 166 SE 538

Im allgemeinen sind jedoch auch heute noch Klagen von Kindern gegen ihre Eltern nicht zugelassen.²⁵⁸⁾ Vor allem gilt dies in den hier vorliegenden Fällen der Verletzungen von Kindern im Verkehr, in denen im allgemeinen nur eine fahrlässige Pflichtverletzung der Eltern gegeben ist. Bei normaler Fahrlässigkeit der Eltern ist anerkanntermaßen aus Gründen der public policy eine Schadensersatzklage von Kindern gegen ihre Eltern ausgeschlossen.²⁵⁹⁾

Fortsetzung der Fußnote 257) von Seite 101:

(West-Virginia 1932): Ein sechzehnjähriges Mädchen ist vor Schreck über das Entweichen kochenden Wassers aus dem Kühler eines Schulbusses von dem fahrenden Bus abgesprungen und hat sich dabei verletzt. Der Vater war Eigentümer und zugleich Fahrer des Schulbusses; er hatte mit der Schulbehörde einen Vertrag und außerdem eine Versicherung für Personenschäden abgeschlossen.)

Das Gericht gab der Klage statt, wobei es zugunsten des Mädchens berücksichtigte, daß es auch aus Vertrag berechtigt war, in welchem Fall eine Klage gegen Eltern grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, und weiterhin, daß der Vater versichert war.

2. Bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Verhalten der Eltern wird heute grundsätzlich ebenfalls ein Ersatzanspruch des Kindes zugelassen.

Vgl. die Entscheidungen des Supreme Court of Illinois, Nudd v. Matsoukas, 7 Ill. 2d 608, 131 NE 2d 525 (1956); Die Klage eines kleinen Kindes, das infolge des grobfahrlässigen Verkehrsverstoßes seines Vaters bei einem Verkehrsunfall verletzt worden war, hatte auch gegenüber seinem Vater Erfolg. In gleicher Weise hatte der Supreme Court of New York in Henderson v. Henderson, 169 NYS 2d 106 (1957) einem dreijährigen Mädchen recht gegeben, das im Auto seines Vaters verletzt worden war. Die "parental immunity" erstreckte sich nicht auf ein "wanton or wilful misconduct".

3. Das gleiche gilt, wenn die Klage nicht gegen den schuldhaft handelnden Elternteil selbst erhoben wird, sondern nach dessen Tod gegen den Nachlaßverwalter. Hier greift der Gesichtspunkt des Schutzes der Familie nicht mehr durch. Vgl. die Entscheidung Cowgill v. Boock, 189 Ore. 282, 218 P 2d 445, 19 ALR 2d 405 (1950), wo ein siebzehnjähriger Junge mit seinem schwer betrunkenen Vater im Auto verunglückt ist. Ein ähnliches Ergebnis erzielt der Supreme Court of Missouri in Brennecke v. Kilpatrick, 336 SW 2d 68 (1960), wo eine Tochter im Auto ihrer kurz nach dem Unfall verstorbenen Mutter verunglückt ist.

258) Vgl. die Nachweise in den in Anm. 252 erwähnten Annotations sowie die in der vorigen Anm. dargestellten Ausnahmen.

259) Das ist die ganz herrschende Meinung. Vgl. die Nachweise in 19 ALR 2d

Soweit daher aus Gründen der public policy eine Klage der Kinder gegen ihre Eltern nicht zugelassen ist, läßt sich dieser Grundsatz als ein weiteres Argument gegen die Zurechnung des elterlichen Mitverschuldens heranziehen, insbesondere wenn die Zurechnung ebenfalls mit dem Gesichtspunkt der public policy begründet wird.

C

§ 16

Der Standpunkt der Minderheit

I. Die Entwicklung bis etwa zum Jahre 1930

Gegenüber der herrschenden Ansicht, der die überwiegende Zahl der Staaten bis etwa 1920 gefolgt ist, hat damals nur eine kleine Minderheit von fünf Staaten an der "New York rule" und damit an der Doktrin der Zurechnung des elterlichen Mitverschuldens gegenüber Kindern festgehalten: Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New York. ²⁶⁰⁾

Häufig, ja sogar überwiegend, enthalten die Gerichtsentscheidungen dieser Staaten nun keine eigentliche Begründung für die Annahme der Zurechnung, ganz im Gegensatz zu den teilweise leidenschaftlichen Argumenten der Gerichte, welche die rule of imputation ablehnten. Sie begnügen sich vielmehr in der Regel mit einem Hinweis auf die früher festgelegte "well settled rule", daß eben das mitwirkende Verschulden der Eltern den Kindern zugerechnet werde.

Der Überblick über die Rechtsprechung wird sich daher nicht an übergeordneten Gesichtspunkten orientieren können, sondern wird die Entwicklung in den

Fortsetzung der Fußnote 259) von Seite 102:
439 ff.

Daß auch in diesem Bereich jedoch noch nicht das letzte Wort gesprochen ist, beweist z.B. die Entscheidung des Supreme Court of New Jersey, Hastings v. Hastings, 33 N.J. 247, 163 A2d 147 (1960), in der die Klage eines vierjährigen Mädchens gegen seinen Vater wegen Verletzungen, die es im Auto bei einem vom Vater fahrlässig herbeigeführten Verkehrsunfall erlitten hatte, nur mit vier gegen drei Stimmen abgewiesen wurde. Die dissenting opinion enthält beachtliche Gründe, die für eine Zulassung der Klage sprechen.

260) Vgl. oben Anm. 135; es handelt sich übrigens ausschließlich um Neu-England-Staaten.

einzelnen Staaten verfolgen müssen. Dabei wird sich zeigen, daß zwar in den Entscheidungen immer wieder ein grundsätzliches Bekenntnis zu der rule of imputed negligence abgegeben wird, daß sie aber häufig für die Lösung des konkreten Einzelfalles keine Rolle gespielt hat. Auch unterliegt die rule zahlreichen Einschränkungen, Modifikationen und Abänderungen, so daß es schwer fällt, der Doktrin der Zurechnung selbst in diesen Staaten allgemeine Geltung zuzuerkennen.

1.) In Maine hat der Supreme Judicial Court in Grant v. Bangor Ry. & Electr. Co. ²⁶¹⁾ seiner Entscheidung die rule of imputation stillschweigend zugrundegelegt; er hat aber zur Rechtfertigung der Mutter, die ihr fünfjähriges Kind unter der Aufsicht der neunjährigen Schwester für ein paar Minuten auf der Straße hatte warten lassen, ausgeführt: "Kleine Kinder haben ein Recht auf Licht und Luft, und die Kinder der armen Leute können nicht dauernd von ihren Eltern beobachtet werden". Unter diesen Umständen konnte eine contributory negligence der Mutter nicht festgestellt werden ²⁶²⁾, ebenso wenig wie in dem Fall Morgan v. Aroostook Valley R. Co. ²⁶³⁾. Die reasonable care der Eltern hänge von den Umständen ab, zu denen auch die finanzielle Lage der Familie zu rechnen sei: Diese Feststellung wird auch in Hasty v. Cumberland County Power & Light Co. ²⁶⁴⁾ getroffen. Obwohl das Gericht ein achtjähriges Kind deshalb noch nicht für "sui juris" hielt, weil es sich in Begleitung seiner Mutter

261) 109 Me. 133, 83 A 121 (1912).

262) Das fünfjährige Kind - es war in eine Straßenbahn gelaufen und hatte sich dabei tödliche Verletzungen zugezogen - wurde nicht als schuldfähig angesehen. Die Entscheidung ist insofern unbefriedigend, als sie mit keinem Wort darauf eingeht, daß es sich um eine death-action handelt, bei der unter Umständen andere Grundsätze gelten.

263) 115 Me. 171, 98 A 628 (1916): Ein zweijähriger Junge ist aus einem umschlossenen Hof auf naheliegende Schienen gelangt und dort überfahren worden (Verletzungen).

264) 132 A 521 (1926): Ein fast fünfjähriger Junge ist mit seinem Freund beim Schlittenfahren in den Wagen der Beklagten gefahren und verletzt worden. Der Einwand der Beklagten, die Eltern hätten die Pflicht, ihr Kind von gefährlichen Plätzen fernzuhalten, hatte keinen Erfolg. Eine derartige Nachlässigkeit der Mutter war nicht feststellbar.

Diese Grundsätze kommen gleichfalls zur Anwendung in Hamlin v. N.H. Bragg & Sons, 147 A 602 (1929), wo ein fünfjähriges Mädchen von einem Vorgarten in die Fahrbahn eines Lastwagens gelaufen war.

befand, konnte auch in Day v. Cunningham ²⁶⁵⁾ im Ergebnis die rule of imputation nicht zugunsten des Beklagten eingreifen, weil die Mutter nicht für nachlässig gehalten wurde.

Es zeigt sich also, daß im Staate Maine bis zum Jahre 1930 keine Entscheidung ergangen ist, die im Ergebnis unter dem Gesichtspunkt einer Zurechnung zu einer Abweisung der Ansprüche des Kindes geführt hat.

2.) Für den Staat Maryland ²⁶⁶⁾ wird die rule in United RYS & Electric Co. of Baltimore v. Carneal ²⁶⁷⁾ beiläufig bestätigt; nicht diese Begründung trägt jedoch die Entscheidung, sondern die Feststellung, die contributory negligence der Eltern trete dann zurück, wenn der Beklagte "den Unfall durch die Ausübung ordentlicher Sorgfalt hätte vermeiden können, nachdem er die Gefahr bemerkt hatte" ²⁶⁸⁾. Dasselbe Argument führt in York Ice Machinery Co. v. Sachs ²⁶⁹⁾ zur Nichtberücksichtigung des elterlichen Verschuldens.

Dagegen wird in County Com'rs of Caroline County v. Beulah einem sechs Monate alten Kind, das im Auto der Eltern Verletzungen erlitt, das Verschulden seines Vaters im Verkehr als Ausschluß seiner Ersatzansprüche zugerechnet, entsprechend der "well settled rule" in Maryland. ²⁷⁰⁾

²⁶⁵⁾ 125 Me. 328, 133 A 855, 47 ALR 1229 (1926); mit dieser Feststellung wurde die rule zutreffend vorbereitet: Eine imputation kommt nur gegenüber einem Kind in Frage, das nicht schuldfähig ist. Ein Verschulden des Kindes konnte deshalb nicht mehr geltend gemacht werden. Die Mutter handelte gleichfalls nach Ansicht des Gerichtes nicht fahrlässig; sie war mit drei Kindern, darunter auch dem Kläger - aus einem Bus ausgestiegen und wollte auf dessen Rückseite die Straße überqueren. Dabei wurde der Sohn von einem entgegenkommenden Wagen angefahren.

²⁶⁶⁾ Vgl. auch die frühere Entscheidung City of Cumberland v. Lottig, 1902 (oben Anm. 96).

²⁶⁷⁾ 72 A 771 (1909): Der Court of Appeals hatte über die Klage eines dreijährigen Mädchens zu entscheiden, das von zu Hause weggelaufen war und an einer Straßenkreuzung von einem Straßenbahnwagen angefahren wurde. Er gab der Klage statt.

²⁶⁸⁾ Das ist wieder einmal der Versuch, die Norm der contributory negligence durch Kausalitätskategorien zu umgehen. Daß dieser Weg unbefriedigend und unlogisch ist, wurde schon oben nachgewiesen (Anm. 38, 51).

²⁶⁹⁾ 173 A 240 (1934): Ein sechsjähriges Mädchen ist, in Begleitung seiner älteren Freundin, beim Überqueren der Straße angefahren worden.

²⁷⁰⁾ 138 A 25 (Ct. of App. 1927). Das Gericht legt dem Umstand kein Gewicht bei, daß sich das Kind im Schoß der Mutter befand.

3.) Nach dem Erlaß des Kyne-case²⁷¹⁾ hat der Superior Court of Delaware erst verhältnismäßig spät wieder Gelegenheit erhalten, zur Lehre von der Zurechnung Stellung zu nehmen. Er hat sie dann aber in der ausführlichen Entscheidung Brown v. Schendelman²⁷²⁾ im Jahre 1928 auf die Fälle eingeschränkt, in denen die Eltern zur Zeit des Unfalls des Kindes anwesend sind. Dort aber war ein vierjähriger Junge allein auf das Grundstück des Beklagten gelangt und hatte sich an einem offenen Feuer tödliche Verletzungen zugezogen. Die Einschränkung der rule wird damit begründet, daß die contributory negligence der Eltern nur dann als "proximate cause" des Unfalls gelten könne, wenn die Eltern unmittelbar anwesend seien.²⁷³⁾ In den anderen Fällen seien die Beweisschwierigkeiten zu groß; man könne auch von den Eltern nicht verlangen, beständig auf ihre Kinder aufzupassen, sonst müsse man praktisch in allen Fällen zu der Annahme eines elterlichen Verschuldens gelangen.²⁷⁴⁾

In Messick v. Delaware Electric Power Co.²⁷⁵⁾ wird diese Unterscheidung bestätigt und die rule of imputation noch einmal etwas eingeschränkt. Der Kyne-case wird in diesem Fall nicht mehr als Autorität anerkannt, weil er schon fünfzig Jahre zurückliege und es sich um einen ganz anderen Tatbestand handle. Es erscheint dem Gericht als zu weitgehend, die Fahrlässigkeit des Fahrers, die zwar der Mutter als "principal" entgegengehalten werden könnte, über die Mutter auch dem Kind zuzurechnen.

Bei derartigen Einschränkungen kann man eigentlich für Delaware von einer Weitergeltung des Grundsatzes der imputation of negligence nicht mehr ausgehen.

271) Del. 1888, oben Anm. 92.

272) 4 WW. Harr. 50, 143 A 42 (1928). Hier klagt der administrator of the estate für den Tod des Kindes. Da er nicht zu den beneficiaries gehört, wird seiner Klage stattgegeben. Der Anspruch steht ihm so zu, wie ihn der getötete Junge hätte geltend machen können.

273) AaO S. 45 f.; zur Einschränkung der contributory negligence durch Kausalitätsgedanken vgl. oben Anm. 268.

274) Der Kyne-case wird nicht ausdrücklich "overruled", weil er nur als authority für die "unrestricted" rule d.h. für die Fälle der unmittelbaren Anwesenheit der Eltern, angesehen wird, während es hier um einen Sachverhalt geht, der unter die "unstricted rule" gerechnet wird. Im Grunde ein Beweis für die geringe Bedeutung der rule of "stare decisis", wenn wirklich ein Rechtsgeanke obsolet geworden ist.

275) 175 A 772 (1934). Ein zehnjähriger Junge ist mit einem Angestellten seiner Mutter im Geschäftswagen mitgefahren und bei einem Verkehrsunfall verletzt worden.

4.) Massachusetts ist ein Staat, in dem das Problem der Zurechnung des elterlichen Aufsichtsverschuldens die Gerichte sehr häufig beschäftigt hat. Allerdings handelt es sich auch oft nur um eine allgemeine Bestätigung des Grundsatzes der Zurechnung, ohne daß die Entscheidungen im Ergebnis zum Nachteil der Kinder ausgefallen sind. Voraussetzung für eine Zurechnung ist, wie immer wieder betont wird ²⁷⁶⁾, daß ein Kind nicht selbst fähig ist, eigene Sorgfalt auszuüben, daß es also "non sui juris" ist. ²⁷⁷⁾

Weiter ist die Feststellung notwendig, daß die Eltern selbst fahrlässig gehandelt haben. Darüber entscheidet als einer Tatfrage - und nicht einer Rechtsfrage - die jury. ²⁷⁸⁾ Die Pflichtverletzung der Eltern hängt damit wesentlich von den Umständen des einzelnen Falles ab, etwa von der Armut der Familie ²⁷⁹⁾, von den begrenzten Möglichkeiten der Eltern, auf ihre Kinder aufzupassen ²⁸⁰⁾, vor allem auch von dem Alter des Kindes. Im allgemeinen ist es nicht als negligence der Eltern angesehen worden, ein Kind, das "sui juris" war, auf die Straße

276) Z.B. in der frühen Entscheidung Lynch v. Smith, 104 Mass. 52, 6 Am. Rep. 188 (1870), wo ein vierjähriger Junge auf dem Heimweg von der Schule auf der Straße von einem Pferdewagen angefahren wurde; seine Klage hatte Erfolg.

277) Vgl. dazu oben Anm. 67 und die dort angegebenen Entscheidungen. Im Sullivan- und im Dowd-case wurde die capacity der Kinder verneint; ihre Klage wurde aber in beiden Fällen nicht als aussichtslos beurteilt, weil nach den Umständen kein Verschulden der Eltern feststellbar war.

278) Vgl. Collins v. South Boston H.R.Co. (1886) 7 NE 856: Ein vierjähriges Kind ist in Begleitung einer elfjährigen Schwester zu Besorgungen geschickt und dabei auf der Straße angefahren worden. Es bekam für seine Verletzungen Ersatz.

279) Vgl. Slattery v. O'Connell, 26 NE 430 (1891): Ein vierjähriger Junge ist aus dem Krankenzimmer seiner Mutter auf die Straße gelaufen und dort tödlich überfahren worden. Die Klage für den Tod des Kindes war erfolgreich.

280) Dies kommt z.B. zum Ausdruck in Cotter v. Lynn & B.R.R., 61 NE 818 (1901), wo ein dreijähriges Mädchen auf die Straße gelangt war und einen Unfall erlitt. Das Gericht nimmt indessen eine Abwägung der Pflichten der Eltern mit denen des außenstehenden Dritten vor und kommt zu einer Klageabweisung, weil hier die Eltern nicht einmal ein Minimum an Sorgfalt aufgewendet hätten. Bei einem offenen Hoftor sei die Gefahr voraussehbar gewesen, daß das Kind auf die Straße laufe.

zu lassen. 281)

Außer diesen beiden fast selbstverständlichen Voraussetzungen ist von den Gerichten noch eine sehr wichtige Einschränkung gemacht worden. Seit der frühen Entscheidung Lynch v. Smith 282) findet sich die folgende Wendung in zahlreichen späteren Urteilen: "Wenn das Kind nichts tut, was Vorsicht verbieten würde, und nichts unterläßt, was Vorsicht gebieten würde, dann ist keine Fahrlässigkeit vorhanden, die unmittelbar zum Unfall beigetragen hat; in einem solchen Fall ist die negligence der Eltern "too remote" 283). Wenn ein unmündiges Kind

281) In Slattery v. Lawrence Ice Co., 190 Mass. 79, 76 NE 459 (1906) ist einem Mädchen, während es auf dem Randstein saß, beim Ausladen von Eis eine Stange auf den Körper gefallen. Im Alter von sechs Jahren stellt es keine negligence der Eltern dar, ihr Kind auf die Straße zu lassen. Es konnte deshalb Ersatz erlangen.

In Miller v. Flash Chemical Co., 119 NE 702 (1918), wurde ein ebenfalls sechsjähriges Mädchen auf dem Heimweg von der Schule auf der Straße angefahren. Auch hier kam eine Zurechnung nicht in Betracht. Überwiegend ist es auch nicht als Verschulden der Eltern angesehen worden, wenn sie ihr unmündiges Kind in Begleitung älterer Geschwister auf die Straße hatten gehen lassen. Vgl. den Collins-case (Anm. 278), und etwa Sughrue v. Bay State St. Ry. Co., 119 NE 660 (1918), wo ein zweijähriges Mädchen mit ihrer dreizehnjährigen Schwester aus dem Haus gelassen wurde und infolge einer kurzen Unaufmerksamkeit der älteren Schwester von einer Straßenbahn der Beklagten angefahren wurde. Von einem Ersatz für ihre Verletzungen sollte sie weder durch die Fahrlässigkeit der Schwester noch durch die der Mutter ausgeschlossen sein.

Dagegen hat das Gericht in Casey v. Smith, 152 Mass. 294, 25 NE 734 (1890) (oben Anm. 95) es als negligence der Mutter angesehen, daß sie ein dreijähriges Kind in Begleitung zweier älterer Geschwister auf der Straße längere Zeit warten ließ, so daß ein Ersatz für Verletzungen infolge eines Unfalls nicht in Frage kam.

282) S. oben Anm. 276.

283) Die gleichen Grundsätze werden z. B. vertreten in Wiswell v. Doyle, 160 Mass. 42, 35 NE 107 (1893): Ein sechsjähriges Kind ist beim Überqueren einer Straße tödlich überfahren worden. Der Fahrer des Pferdewagens setzte aus einer Unterhaltung mit einem Bekannten plötzlich sein Gefährt in Trab und überrollte dabei das Kind. Die Klage des administrator hatte Erfolg. Sie erscheinen ebenfalls im Miller-case (oben Anm. 281) und im Fall Casey v. Smith (oben Anm. 281). Mit diesem Argument werden wiederum Gesichtspunkte herangezogen, die aus dem Bereich der Kausalität stammen (vgl.

also praktisch wie ein Erwachsener gehandelt hat, wenn seine Handlungsweise auch bei einem Erwachsenen keinen Mangel der gebotenen Sorgfalt darstellen würde, dann bleibt die Fahrlässigkeit der Eltern unberücksichtigt. ²⁸⁴⁾

Demgegenüber sei auf eine Erschwerung der Rechtslage des Kindes hingewiesen, die z. B. in Marchant v. Boston & M.R.R. ²⁸⁵⁾ zum Ausdruck kommt. Es ist nämlich eine allgemeine Regel in Massachusetts, daß nicht der Dritte ein Verschulden der Aufsichtsperson beweisen muß, sondern daß das verletzte Kind die Schuldlosigkeit seiner custodians darlegen muß!

Im übrigen wird die rule of imputation ohne Unterschied bei Klagen des Kindes aus eigenem Recht und bei Klagen für den Tod des Kindes angewendet. ²⁸⁶⁾

Auch in den zwanziger Jahren hat Massachusetts an dem einmal aufgestellten Grundsatz der imputation of negligence festgehalten. In Sullivan v. Chadwick ²⁸⁷⁾ hat der Supreme Judicial Court ohne weiteres den Ansprüchen eines dreijährigen Jungen die Anerkennung versagt, der auf der Straße angefahren worden war, und in einer der seltenen, selbständig begründeten Entscheidungen,

Fortsetzung der Fußnote 283) von Seite 108:

Anm. 268).

Mit der obigen Formel versuchen die Gerichte offensichtlich, in Ausnahmefällen zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen. Diese Einschränkung ist indessen bedenklich. Das Verhalten eines Kindes ist grundsätzlich nicht an dem eines Erwachsenen zu messen (vgl. oben Anm. 79 ff.).

284) Vgl. Wiswell v. Doyle und auch Collins v. South Boston H.R.Co. (oben Anm. 278).

285) 117 NE 842 (1917): Ein zweijähriges Kind, mit seiner siebenjährigen Schwester zum Spielplatz geschickt, ist infolge deren Unaufmerksamkeit unter einen Zug geraten und hat tödliche Verletzungen erlitten. Die Klage für den Tod des Kindes wurde entgegen der ersten Instanz zurückgewiesen, weil der administrator nicht die Schuldlosigkeit der Schwester nachweisen konnte!

286) Vgl. die Entscheidungen Slattery v. O'Connell (oben Anm. 279) und Grant v. City of Fitchburg, 160 Mass. 16, 35 NE 84 (1893): Ein zwanzig Monate altes Kind ist infolge der Unaufmerksamkeit der Mutter von zu Hause weggekrochen und in ein Wasserloch an der Straße gefallen und ertrunken. Der administrator konnte keinen Ersatz verlangen, weil ihm die Fahrlässigkeit der Mutter zugerechnet wurde. Vgl. auch Wiswell v. Doyle (oben Anm. 283).

287) 236 Mass. 130, 127 NE 632 (1920): Der Junge war einfach in die Straße hineingerannt.

Gallagher v. Johnson ²⁸⁸⁾, ist einem vierjährigen Jungen das Verschulden seines Vaters ebenfalls zugerechnet worden. Nach Ansicht des Gerichts hatte der Junge im Wagen seines Vaters keinen eigenen Status, sondern befand sich in völliger Abhängigkeit von seinem Vater, der für seine Sicherheit verantwortlich war. Wenn dem Kind die Wachsamkeit seines Vaters zugute komme, müsse es auch alle Nachteile in Kauf nehmen, die aus einer Nachlässigkeit des Vaters entstünden. Da der Junge sich in der unmittelbaren Aufsicht seines Vaters befand, wurde er mit ihm als identisch angesehen, soweit es sich um die Ausübung der notwendigen Sorgfalt handelte. ²⁸⁹⁾

In derselben Linie liegt die Entscheidung Anthony v. Boston & M.R.R. ²⁹⁰⁾. Ebenso führte in Daignault v. Berkshire Street Ry. Co. ²⁹¹⁾ die Gegenwart eines nachlässigen Elternteils zu einem Ausschluß der Ersatzansprüche zweier kleiner Kinder. ²⁹²⁾

Auch bei der Klage aus "nuisance" eines sechsjährigen Jungen gegen einen Unternehmer, der einen Graben ausgehoben und nicht genügend abgesichert hatte, wurde die negligence der Mutter zum Nachteil des Kindes berücksichtigt. ²⁹³⁾

288) 130 NE 174, 15 ALR 411 (1921).

289) Dieser Grundsatz der völligen Abhängigkeit der Kinder von ihren Eltern, die bis zur Identität führt, wurde aus dem Wesen der Familie abgeleitet.

290) 177 NE 564 (1931): Zwei Kinder, sieben und zehn Jahre alt, verletzten sich bei einem Zusammenstoß als Mitfahrer im Lastwagen ihres Vaters. Sie hatten sich "der Aufsicht ihres Vaters unterworfen und waren durch seinen Verkehrsverstoß gebunden".

291) 277 Mass. 227, 178 NE 653 (1931): Ein Vater überquerte mit seinen beiden Kindern, drei und vier Jahre alt, unaufmerksam eine Straße, so daß die Gruppe von einem Bus angefahren wurde.

292) In zwei weiteren Fällen aus dieser Zeit ließ sich eine negligence der Eltern nicht feststellen. In Pinto v. Brennan, 150 NE 86 (1926), fand die Jury kein Verschulden der Mutter darin, daß sie ihr zweijähriges Kind mit einem siebenjährigen Bruder auf die Straße ließ, und in Minsk v. Pitaro, 187 NE 224 (1933) wurde ein dreijähriges Kind auf dem Privatgrundstück seiner Eltern von einem zurückstoßenden Auto des Beklagten verletzt; es konnte nicht als negligence der Eltern gelten, ihr Kind auf eigenem Grundstück unbeaufsichtigt zu lassen.

293) McKenna v. Andreassi, 179 NE 879 (1935): Die Mutter hatte den Jungen einer zehnjährigen Schwester anvertraut. Der Kläger konnte nicht beweisen, daß seine Schwester oder Mutter die notwendige Sorgfalt hatten walten lassen. Auch gegenüber "nuisance" ist also der Einwand der contributory negligence zulässig (vgl. oben Anm. 11 f.).

Immerhin ist somit in dem Staat Massachusetts bis zur Mitte der dreißiger Jahre trotz der Einschränkungen, die auch hier vorgenommen wurden, eine ganze Reihe von Entscheidungen zum Nachteil der Kinder ausgefallen.

5.) Schließlich sind auch die Gerichte in New York, dem Staat, von dem die Theorie der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens ihren Ausgangspunkt genommen hatte, im großen und ganzen dem precedent der Hartfield-Entscheidung gefolgt. Allerdings ist auch hier die rule nicht ohne wichtige Einschränkungen und Veränderungen geblieben.

Zunächst ist es nicht "negligence perse" oder "negligence as a matter of law", wenn Eltern ihr kleines Kind im Alter von etwa vier oder fünf Jahren allein aus dem Haus oder auf die Straße lassen.²⁹⁴⁾ Die Frage des Aufsichtsverschuldens ist vielmehr von der jury aus den Umständen zu ermitteln, zu denen auch die finanzielle Lage der Eltern gehört.

Der entscheidende Einbruch in die ursprüngliche Hartfield-Doktrin ist schon frühzeitig über die Formel erfolgt, die sich dann wie ein roter Faden durch die meisten Entscheidungen der New Yorker Gerichte hindurchzieht: "Daß ein Kind etwas getan haben muß, was bei einem Erwachsenen fahrlässiges Handeln bedeuten würde" 295).

294) Vgl. McGarry v. Loomis, 63 NY 104, 20 Am.Rep. 510 (1875): Ein vierjähriger Junge ist beim Spielen in einen Wassergraben entlang der Straße getreten, durch den der Beklagte kochend heißes Wasser aus einer Mühle leitete. Die jury stellte fest, der Junge habe sich an einem "lawful place" aufgehalten, es sei also keine negligence der Eltern gegeben.

Auch in Huerzeler v. Central Cross Town R.Co., 139 NY 490, 34 NE 1101 (1893) konnte bei den tödlichen Verletzungen eines fünfjährigen Mädchens, das von einem Pferdewagen auf der Straße überfahren wurde, keine Fahrlässigkeit der Mutter festgestellt werden, so daß der Klage des Vaters als administrator of the estate stattgegeben wurde.

295) Ein Anklang an diese Formel ist schon in der frühesten Entscheidung zu finden, die dem Verfasser zugänglich war, in Ihl v. The Forty-second Street and Ground Street Ferry R.R.Co., 47 NY 317, 7 Am.Rep. 450 (1872), wo ein dreijähriges Kind tödlich überfahren wurde, als es auf den Schienen stolperte und der Fahrer des Zuges nicht schnell genug reagierte. Die Klage des administrator war erfolgreich, eine Fahrlässigkeit der Mutter war wohl nicht feststellbar, da sie ihr Kind einer neunjährigen Schwester anvertraut hatte.

Besonders deutlich kommt der Grundsatz im Cumming-case (unten Anm. 297) und im Metcalfe-case (unten Anm. 300) zum Ausdruck. Vgl. auch die entsprechende Einschränkung in Massachusetts, oben Anm. 283 ff.

Nur in einem solchen Fall ist die vorausgehende negligence der Eltern "proximate cause" des Unfalls. ²⁹⁶⁾

Mit dieser Begründung wurde in Cumming v. Brooklyn City R. Co. ²⁹⁷⁾ eine etwaige Fahrlässigkeit der Mutter nicht berücksichtigt, die ihre fünfjährige Tochter auf die Straße gelassen hatte, wo diese dann von einem Zug der Beklagten überfahren und verletzt wurde. Aus dem gleichen Gesichtspunkt heraus gewährte der Supreme Court in Hennessey v. Brooklyn City R. Co. ²⁹⁸⁾ einem kleinen Kinde einen Ersatzanspruch, obwohl der Zusammenstoß mit dem Zug auf die Fahrlässigkeit auch des Vaters als Fahrer eines Pferdewagens zurückzuführen war. ²⁹⁹⁾ Dieselbe grundsätzliche Formel taucht in Metcalf v. Rochester Ry. Co. ³⁰⁰⁾ auf, wo es sogar zur Regel erhoben wird, zwischen den Fällen zu un-

296) Das Kausalitätsdenken im Bereich der contributory negligence ist in diesen Jahren allgemein verbreitet (vgl. oben die Anm. 38, 51 und 268).

297) 104 NY 669, 10 NE 855 (1887).

298) 6 App. Div. 206, 39 NYS 805 (1896): Das 21 Monate alte Kind befand sich nicht allein mit seinem Vater in dem Wagen, sondern im Arm seiner Mutter. In diesem Fall ergab sich für das Gericht das Problem, daß der Frau die Fahrlässigkeit des Mannes nicht zugerechnet werden konnte, während eigentlich dem Kind gegenüber eine Zurechnung erfolgen mußte, entsprechend der "too well settled rule of imputation". Das Gericht schreckt vor dieser eigenartigen Konsequenz zurück und hilft sich mit der oben angeführten Formel, außerdem mit der Annahme, das Kind habe sich in der alleinigen Obhut und Bewachung seiner Mutter befunden, nicht in der custody beider Eltern.

299) Diese Konstruktion ist vom Circuit Court of Appeals für das Gebiet von New York in Delaware, L. & W.R. Co. v. Devore, 114 F 155 (1902) mißbilligt worden, wo gleichfalls ein einjähriges Kind mit seinen Eltern im Pferdewagen bei einem Zusammenstoß Verletzungen erlitten hatte. Hier wurde das Kind in der Obhut und Kontrolle seines Vaters gesehen, trotz der Anwesenheit der Mutter, und ihm daher die negligence seines Vaters als Ausschluß eines Anspruchs zugerechnet.

Dagegen hat der Supreme Court in Lewin v. Lehigh Val. R. Co., 65 NYS 49 (1900) ein kleines Kind im Arm seiner Mutter als in deren alleiniger Obhut angesehen und außerdem eine Zurechnung deswegen abgelehnt, weil einem erwachsenen Mitfahrer die Fahrlässigkeit des Fahrers nicht zugerechnet werden könnte. Sollte sie dann gegenüber einem kleinen Kind möglich sein, das noch weniger Einflußmöglichkeit auf die Fahrweise habe?

300) 42 NYS 661 (Sp. Ct. 1896): Ein vierjähriger Junge ist mit Erlaubnis seiner Mutter mit Bekannten in einem Lieferwagen mitgefahren und bei einem Un-

terscheiden, in denen Kinder von ihren Eltern allein auf die Straße oder sonst an einen gefährlichen Ort gelassen worden sind - hier kommt es auf die Fahrlässigkeit der Eltern nicht mehr an, sie ist "too remote" - und denen, wo sich die Kinder in Begleitung eines custodian befinden.³⁰¹⁾

Juskowitz v. Dry Dock, E. B. & B. R. Co.³⁰²⁾ und Lowery v. New York Ice Co.³⁰³⁾ sind zwei Entscheidungen, in denen Ersatzansprüche der verletzten Kinder ohne weiteres zurückgewiesen wurden. Der Supreme Court erklärte, er habe nicht nach sentimentalem Mitgefühl zu entscheiden, sondern nach dem überlieferten, geltenden Recht seines Staates.

Dagegen bekamen in zwei anderen Fällen, in Lafferty v. Third Ave. R. Co.³⁰⁴⁾ und in Serano v. New York Cent. & H. R. R. Co.³⁰⁵⁾ jeweils sechsjährige Mädchen recht, die auf der Straße verletzt worden waren. Sie wurden für sui juris gehalten, womit eine Berücksichtigung der negligence nicht mehr in Frage kam.

Bei so unterschiedlichen Entscheidungen, die im Ergebnis überwiegend zugunsten der Kinder ausgefallen sind, nimmt es nicht wunder, daß manche Gerichte anderer Staaten der rule of imputation selbst in ihrem Ursprungsland New York keine große Wirksamkeit zugeschrieben haben. So hat etwa der Superior Court of Delaware in Messick v. Delaware Electric Power Co.³⁰⁶⁾ gefragt, ob in New York von der ursprünglichen rule mehr als ein Schatten übriggeblieben sei.

Fortsetzung der Fußnote 300) von Seite 112:

fall verletzt worden. Hier befand sich das Kind in Begleitung eines custodian, und trotz des Widerspruches, daß einem erwachsenen Mitfahrer die negligence des Fahrers nicht zugerechnet würde, kann hier das Kind keinen Anspruch geltend machen. Es zeigt sich hier eine Inkonsequenz, denn das Kind hat sicher nichts getan, was als Fahrlässigkeit ausgelegt werden könnte.

301) Diese Unterscheidung ist indessen nicht allgemein anerkannt, und in dem Urteil selbst liegt ein eigenartiger Widerspruch (s. vorige Anm.).

302) 53 NYS 992 (1898): Ein dreijähriges Kind ist nachts beim Spielen auf der Straße von einem Wagen angefahren worden.

303) 55 NYS 707 (1899): Ein fünfjähriger Junge ist abends auf der Straße unter einen Eiswagen der Beklagten geraten. Dessen Fahrer war allerdings auch keine negligence nachzuweisen.

304) 83 NYS 405 (1903): Das Mädchen wurde von einer Straßenbahn angefahren.

305) 188 NY 156, 80 NE 1025 (1907): Der Zug der Beklagten fuhr zu schnell und ohne Zeichen zu geben.

306) Vgl. oben Anm. 275.

Auch in der Folgezeit sind in New York die meisten Urteile zugunsten der verletzten Kinder ausgegangen. Im Jahre 1911 hat allerdings der City Court of New York in Pastore v. Livingston ³⁰⁷⁾ bei der Verletzung eines fünfjährigen Jungen auf der Straße noch einmal ein Bekenntnis zur Hartfield-Doktrin abgegeben. Wenn ein Kind zu jung sei, um die Gefahren in dichtbesiedelten Wohngebieten zu erkennen und sich dagegen zu schützen, dann müßten die Eltern, um ein glückliches Durchkommen ihres Kindes zu gewährleisten, eher einen aufmerksamen custodian heranziehen als das Recht (wenn es zu spät sei). Diese rule sei zwar hart, aber "well established".

Dagegen ist in Ryczko v. Klenotich ³⁰⁸⁾ die Formel zugunsten des Kindes herangezogen worden, es müsse etwas getan haben, was bei einem Erwachsenen Fahrlässigkeit bedeuten würde, ebenso wie in Regan v. International Ry. Co. ³⁰⁹⁾ die Klage eines vierjährigen Jungen für seine Verletzungen auf der Straße Erfolg hatte.

Besonders bei Verletzungen von Kindern im Auto haben die Gerichte Zweifel an der Richtigkeit der rule angemeldet. ³¹⁰⁾ Sie standen hier immer wieder vor dem Problem, daß einem erwachsenen Mitfahrer das Verschulden des Fahrers nicht zugerechnet würde. Diese Zweifel kommen besonders deutlich zum Ausdruck in der Entscheidung Kupchinsky v. Vacuum Oil Co. ³¹¹⁾, wo zwei Kinder

307) 131 NYS 971 (1911).

308) 198 NYS 473 (1923): Ein dreijähriges Kind befand sich mit seiner Mutter und Schwester im Hof des Hauses. In einem unbewachten Augenblick entkam das Kind auf die Straße und wurde tödlich überfahren. Die Klage des administrator war erfolgreich.

Es ist immer wieder erstaunlich, daß die Gerichte keinen Unterschied machen zwischen Klagen des Kindes aus eigenem Recht und Klagen der Eltern. In beiden Fällen wird die Geltung der rule of imputation stillschweigend vorausgesetzt.

309) 199 NYS 601 (1923): Es ist nicht negligence "as a matter of law", daß ein vierjähriges Kind allein auf der Straße ist, und es muß dann eine (objektiv) fahrlässige Handlung begangen haben.

310) So in Ouderkirk v. Boston & M.R.R., 253 NYS 805 (1931), wo ein kleines Kind im Wagen seiner Eltern beim Zusammenstoß mit einem Zug verletzt wurde - die Eltern wurden beide getötet. Seine Klage auf Ersatz gegen die Bahn war erfolgreich. Das Gericht nahm die Unterscheidung des Hennessey-case (oben Anm. 298) auf, das Kind habe sich in der Obhut seiner Mutter befunden.

311) 265 NYS 186, bestätigt durch den Court of Appeals in 263 NY 128, 188 NE 278 (1933): Das elfjährige Kind wurde bei dem Unfall getötet, es geht nur um die Klage für die Verletzungen des Mädchens.

im Alter von drei und elf Jahren mit Erlaubnis ihrer Mutter im Geschäftswagen von Bekannten mitgefahren und bei einem Unfall verletzt worden waren. Bei der Klage des dreijährigen Mädchens billigte der Supreme Court ihm den Status eines normalen Passagiers zu, der auf die Fahrweise keinen Einfluß hätte nehmen können. Darüber hinaus erklärte das Gericht die Doktrin der Zurechnung als eine künstliche Schöpfung, die in einzelnen Fällen der Vernunft und praktischen Überlegungen weichen müßte!

So ergibt sich, daß die Gerichte in New York zwar formell an der ursprünglichen Hartfield-Doktrin festgehalten haben. Sie haben den "precedent" nicht ausdrücklich "overruled", die rule hat aber so viele Zweifel, Einschränkungen und Veränderungen erfahren, daß man keineswegs von einer uneingeschränkten Geltung ausgehen kann. Man kann vielmehr "jede nur denkbare Variation" finden, die man sucht. ³¹²⁾ Im Ergebnis ist die Mehrzahl der Fälle zugunsten der Kinder entschieden worden, entweder weil ein Verschulden der Eltern nicht festgestellt werden konnte oder weil eine der Einschränkungen der rule zum Vorteil des Kindes herangezogen wurde.

II. Die weitere Entwicklung ³¹³⁾

1.) Da sich in New York die Gerichte trotz der Zweifel an der Richtigkeit der Hartfield-Doktrin nicht entschließen konnten, die rule ausdrücklich aufzuheben, hat der Gesetzgeber im Jahre 1935 durch Gesetz (§ 73 Domestic Relations Law) ³¹⁴⁾ die Zurechnung der negligence von Eltern oder anderen Aufsichtspersonen gegenüber Kindern ausgeschlossen, soweit diese für ihre Verletzungen einen Anspruch aus eigenem Recht geltend machen können. ³¹⁵⁾

312) Vgl. den Messick-case (oben Anm. 306).

313) Eigentlich müßte jetzt erst die Geltung der rule of imputation in den Staaten geschildert werden, die von Anfang an die Zurechnung ablehnten. Des Zusammenhangs wegen erscheint es aber angebracht, zunächst die Entwicklung der Hartfield-Doktrin bis heute in den fünf Staaten darzustellen, die am längsten an der Doktrin festgehalten haben.

314) Der Nachweis zu diesem Gesetz findet sich in allen folgenden Entscheidungen.

315) Schon kurz nach dem Erlass des Gesetzes haben die Gerichte seine Anwendung ausgedehnt auf death-actions durch den administrator. Vgl. Meyer v. Inguaggiato, 16 NYS 2d 672 (1940): Ein dreijähriger Junge ist auf der Straße tödlich überfahren worden; und Day v. Johnson, 39 NYS 2d 203 (1943): Ein vierjähriger Junge ist auf der Straße zu Tode gekommen. In beiden Fällen hatte die Klage des administrator Erfolg, unter Berufung auf das Gesetz.

Entsprechend dieser gesetzlichen Vorschrift haben die Gerichte in New York seit dieser Zeit ein Aufsichtsverschulden zum Nachteil der Kinder nicht mehr berücksichtigt. In Novak v. State ³¹⁶⁾ hatte der Supreme Court über die Klage eines zweijährigen Jungen zu entscheiden, der in Begleitung zweier älterer Brüder auf der Straße angefahren worden war. Er bezeichnete jetzt selbst die rule als "hart und unvernünftig, weil sie die Kinder mit den Sünden der Väter in einem Maße heimsuche, wie es nicht im Dekalog vorgesehen sei".

In Frein v. Sears, Roebuck & Co. ³¹⁷⁾ wird der Grundsatz der Nichtzurechnung ebenso ausgesprochen wie in Siegel v. Sears, Roebuck & Co. ³¹⁸⁾, wo sogar die Widerklage des Schädigers gegen die Mutter zurückgewiesen wurde. Auch der U.S. District Court für das Gebiet von New York rechnet das Verschulden des begleitenden Vaters einem fünfjährigen Kind in Marino v. Kane ³¹⁹⁾ nicht mehr zu. Die jüngsten Urteile der New Yorker Gerichte ³²⁰⁾ behandeln bei der Ver-

-
- 316) 199 Misc. 588, 99 NYS 2d 962 (1950): Die Verletzung des Jungen hatte sich eigentlich schon 1929 zugetragen. Das Gesetz hatte keine rückwirkende Kraft, aber entsprechend den damaligen Einschränkungen hatte die Klage auch so Erfolg.
- 317) 204 Misc. 694, 125 NYS 2d 773 (1953): Ein dreijähriges Kind besuchte mit seiner Tante ein Kaufhaus der Beklagten und zog sich bei einem unbewachten Fahren auf einer Rolltreppe Verletzungen zu. Die Nachlässigkeit der Tante durfte zwar nicht zugerechnet werden. Trotzdem konnte das Kind keinen Ersatz verlangen, weil eine Sorgfaltspflichtverletzung auf seiten der Angestellten des Kaufhauses nicht festzustellen war. Diese Pflichten könnten nicht so weit gezogen werden, daß praktisch die Verpflichtung zum Aufsassen und zur Fürsorge über das Kind auf das Kaufhaus überwältigt würde.
- 318) 153 NYS 2d 356 (1956): Das kleine Kind, in Begleitung seiner Mutter, geriet im Kaufhaus der Beklagten mit seiner Hand in eine ausgestellte elektrische Wäschewringmaschine. Das Kind war durch eine etwaige Fahrlässigkeit seiner Mutter auf keinen Fall von einem Ersatz ausgeschlossen, und eine Haftung der Mutter, die mit der Widerklage der Beklagten geltend gemacht wurde, erschien dem Gericht "übertrieben"!
- 319) 131 FS 758 (1955): Ein Vater überquerte in unaufmerksamer Weise mit einigen Familienmitgliedern die Straße, wobei ein Lastwagen den Sohn überfuhr. Der Sohn konnte Ersatz verlangen, nicht aber der Vater für loss of services seines Sohnes.
- 320) In Rubin v. Olympia Resort, Inc., 198 NYS 2d 408 (1960), weist der Supreme Court die Klage eines sechsjährigen Mädchens ab, das aus dem doppelstöckigen Bett eines Hotelzimmers gefallen sein will. Zwar dürfe eine contributory negligence der Eltern, die das Hotelzimmer gemietet und das Kind

letzung kleiner Kinder nicht mehr das Problem der Zurechnung eines elterlichen Aufsichtsverschuldens - diese Frage ist seit dem gesetzlichen Verbot entschieden ³²¹⁾ -, sondern nur noch die Begründung der Verantwortlichkeit des Schädigers.

Die Hartfield-Doktrin hat damit in ihrem Ursprungsland keine Bedeutung mehr.

2.) In Massachusetts haben sich die Gerichte noch über das Jahr 1935 hinaus verhältnismäßig lange im Sinne einer Zurechnung des Aufsichtsverschuldens ausgesprochen, wenn auch die Einschränkungen ³²²⁾ einen immer größeren Raum eingenommen haben. So konnte ein dreijähriger Junge in Cadman v. White ³²³⁾ einen Ersatzanspruch geltend machen, weil der Supreme Judicial Court nicht feststellen konnte, "daß der Junge etwas getan hatte, was Vorsicht verbieten würde, oder etwas unterlassen hatte, was Vorsicht gebieten würde" ³²⁴⁾.

Fortsetzung der Fußnote 320) von Seite 116:

allein zurückgelassen hatten, nicht zum Nachteil des Kindes berücksichtigt werden. Es würde aber eine Überforderung der Sorgfaltspflichten des Hotelunternehmers und praktisch eine strict liability darstellen, wegen des Fehlens eines Schutzgitters am Bett eine Verantwortlichkeit anzunehmen. Das Verbot der Zurechnung dürfe nicht dazu führen, die gesamte Verantwortlichkeit der Eltern auf einen Dritten abzuwälzen.

Auch in Garelli v. Sterling-Alaska Fur & Game Farms, Inc., 206 NYS 2d 130 (1960) hat die Klage eines vierjährigen Mädchens keinen Erfolg, das im Zoo des Beklagten von einem Affen gebissen worden ist. Der Beklagte sei nicht absolut verantwortlich, sondern nur wegen negligently unterlassener Sorgfaltsmaßnahmen. Zumindest im Hintergrund spielte bei der Klagabweisung wohl mit, daß der Vater das Kind in die Nähe des Affen zum Füttern hingehalten hatte.

321) Darauf verweisen die in der vorigen Anm. angeführten Entscheidungen ausdrücklich.

322) Vgl. oben Anm. 282 ff.

323) 5 NE 2d 19 (1936): Der Junge befand sich allein auf der Straße. Der Fahrer des Autos hätte den Jungen ohne Schwierigkeiten entdecken müssen.

324) Auch in Clarette v. Burke, 15 NE 2d 194 (1938) hatte ein kleines Kind mit seiner Klage für Verletzungen auf der Straße Erfolg, obwohl noch immer die rule galt, daß das Kind die Schuldlosigkeit seines Vaters beweisen mußte, der es für einen Augenblick allein gelassen hatte!

Nach dem Fall Tucker v. Ryan ³²⁵⁾, der noch im Sinne einer Zurechnung entschieden wurde, waren es besonders die Automobilunfälle von Kindern, in denen die rule of imputation wachsendem Mißbehagen begegnete. In Bessey v. Salem ³²⁶⁾ kam eine Zurechnung nicht in Betracht, weil der verletzte Junge mit neun Jahren als sui juris angesehen wurde, und in Friedman v. Berthiaume ³²⁷⁾ wurde bei dem Unfall dreier Söhne im Alter von zwölf, acht und sechs Jahren für die beiden älteren dasselbe angenommen, während für den jüngsten auf jeden Fall die Feststellung zutraf, er habe nichts unternommen, was auch bei einem Erwachsenen als Fahrlässigkeit ausgelegt werden könnte. ³²⁸⁾

Schließlich hat im Jahre 1945 auch der Gesetzgeber ³²⁹⁾ in Massachusetts durch das Gesetz G.L.c. 231, § 85 D die Zurechnung des Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber Kindern für unzulässig erklärt. ³³⁰⁾ Die späteren Entscheidungen haben deshalb ein Verschulden der Eltern nicht mehr berücksichtigt.

³²⁵⁾ 10 NE 2d 73 (1937): Ein zweijähriges Kind befand sich im Wagen der Mutter im Arm einer Bekannten. Obwohl der Bekannten die Fahrlässigkeit der Mutter nicht zum Nachteil gereichte, war das Kind von einem Ersatzanspruch ausgeschlossen (entgegen dem Hennessey-case (oben Anm. 298), der immerhin über die dortige Konstruktion zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen suchte).

³²⁶⁾ 19 NE 2d 75, 123 ALR 1156 (1939).

³²⁷⁾ 303 Mass. 159, 21 NE 2d 261 (1939): Die beiden älteren Kinder hatten die notwendige capacity, bei dem sechsjährigen legte sich das Gericht nicht fest, sondern zog den oben angeführten Gesichtspunkt heran.

³²⁸⁾ Es wäre ja auch ein eigenartiges Ergebnis, wollte man von drei Geschwistern, die alle im Auto ihres Vaters mitfahren und alle keine Kontrolle über das Fahrzeug hatten, zweien einen Ersatzanspruch geben, während man den jüngsten nur wegen seines geringen Alters ausschließt.

³²⁹⁾ Einführungsgesetz von 1945, c. 352, § 1; die folgenden Entscheidungen nehmen auf das Gesetz Bezug.

³³⁰⁾ Wie in Dennehy v. Jordan Marsh Co., 71 NE 2d 758 (1947), zum Ausdruck kommt, ist durch das Gesetz von 1945 noch eine weitere wichtige Änderung eingeführt worden: Jetzt muß nämlich nicht mehr der Kläger seine Schuldlosigkeit beweisen, wie es bisher in Massachusetts üblich war, sondern der Beklagte muß die contributory negligence des Kindes oder seiner Aufsichtspersonen beweisen. In dem betr. Fall hatte sich ein vierjähriger Junge beim Spielen an einer Kiste, welche Angestellte der beklagten Firma im Hof hatten stehen lassen, am Auge verletzt. Seine Klage hatte Erfolg.

Feaver v. Ry. Expr. Agency ³³¹⁾ rechnete das Verschulden einer Mutter als Fahrer eines Wagens ihren Töchtern nicht mehr zu; auch in Gill v. Jakstas ³³²⁾ und in Brooks v. Glidden ³³³⁾ bekamen die Kinder unter Berufung auf das Gesetz Ersatz für ihre Verletzungen.

So ist auch in dem Staat, der zu den wichtigsten Anhängern der Hartfield-Doktrin gehörte, die rule of imputation durch einen Akt des Gesetzgebers obsolet geworden.

3.) Auch in Maryland ³³⁴⁾ hat das Eingreifen des Gesetzgebers zu einem Ende der Ära der rule of imputation geführt. Nachdem noch 1951 in Graham v. Western Maryland Dairy ³³⁵⁾ einem dreijährigen Jungen, der auf der Straße mit seinem Dreirad unter einen Milchwagen geraten war, ein Anspruch mit dem Hinweis auf ein Verschulden der Mutter versagt worden war, und nachdem noch 1956 der U.S. District Court of Maryland in Jones v. City of Aberdeen ³³⁶⁾ einem zweijährigen Kind die Nachlässigkeit seiner Eltern zugerechnet hatte, ist seit dem 1. Juni 1956 in Maryland durch Art. 75 § 3 A ³³⁷⁾ eine Zurechnung des Aufsichtverschuldens gegenüber Kindern gesetzlich untersagt. Der District Court of Maryland verweist in Zaccari v. U.S. ³³⁸⁾ auf dieses Gesetz.

331) 85 NE 2d 322 (1950): Die Mutter fuhr mit dem Wagen auf einen unbeleuchteten Lastzug auf, wobei zwei ihrer Töchter im Wagen verletzt wurden.

332) 325 Mass. 309, 90 NE 2d 527 (1950): Ein knapp zweijähriges Kind fiel in dem Haus, in dem seine Eltern wohnten, von einem Treppenabsatz durch ein schadhaftes Geländer hinunter.

333) 110 NE 2d 495 (1953): Ein sechsjähriger Junge lief vom Gehweg in ein Auto und wurde verletzt.

334) Vgl. oben Anm. 266 ff.

335) 81 A 2d 457 (1951).

336) 138 FS 727 (1956): Das Kind war von zu Hause auf in der Nähe vorbeiführende Schienen gelangt. Es nimmt die Stadt dafür in Anspruch, daß sie nicht genügend Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat. Die mangelnde Fürsorge und Aufsicht der Eltern kann nicht der Stadt angelastet werden, sondern bleibt an dem Kind hängen.

337) Eingeführt durch Chapter 78 des Act von 1956.

338) 144 FS 860 (1956): Die sechsjährige Tochter befand sich im Wagen ihres Vaters, als es zu einem Unfall kam. Das Gericht hielt das Kind für "sui juris" und rechnete ihm konsequenterweise ein Verschulden seiner Eltern nicht zu. Das Gesetz selbst konnte es mangels Rückwirkung nicht auf den Fall anwenden.

4.) In Delaware war nach den entscheidenden Einschränkungen ³³⁹⁾ die Geltung der rule of imputation schon weitgehend geschwunden. Deren Beseitigung auf kaltem Wege findet ihre Bestätigung in der Entscheidung des Superior Court, McKeon v. Goldstein ³⁴⁰⁾, in der von dem allgemeinen Zugeständnis die Rede ist, eine Zurechnung bei einem Anspruch des Kindes nicht mehr in Betracht zu ziehen. Ohne daß der Kyne-case ausdrücklich "overruled" wird, wagt nicht einmal der Beklagte, sich noch auf diesen Fall zu berufen.

5.) Im Staate Maine schließlich ist die Tradition der Gerichte fortgesetzt worden, formell die Geltung der rule of imputation zu betonen, im Ergebnis aber niemals eine Zurechnung zum Nachteil des Kindes vorzunehmen. Dies zeigt sich sowohl in Gravel v. Le Blanc ³⁴¹⁾, wo unter Berücksichtigung der Umstände keine negligence der Mutter festgestellt wurde, ihren vierjährigen Sohn allein auf die Straße gehen zu lassen, wie in Tibbets v. Harbach ³⁴²⁾, wo ein Verschulden der Mutter an einem Verkehrsunfall, bei dem ihre Tochter verletzt wurde, eigentlich offensichtlich war, aber von der jury im Ergebnis verneint wurde. Endlich wurde auch in Wood v. Balzano ³⁴³⁾, der letzten Entscheidung, die für Maine nachweisbar ist, eine Zurechnung nicht in Betracht gezogen, weil ein Verschulden der Eltern nicht darin gesehen wurde, ihr vierjähriges Kind in einem Hof mit anderen spielenden Kindern allein zu lassen.

Immerhin ist Maine damit der einzige Staat, in dem die rule of imputation wenigstens noch dem Namen nach in Geltung ist, allerdings einer sehr schwachen Geltung, da seit über fünfzig Jahren im Ergebnis keine Entscheidung zum Nachteil des Kindes ausgefallen ist.

6.) Im übrigen ist auch in England die rule of imputation überholt. Der High Court of Justice "overruled" in Oliver v. Birmingham and Midland Omnibus Co. ³⁴⁴⁾ die frühere Entscheidung Waite v. North Eastern Ry. Co. ³⁴⁵⁾ und gab

339) Vgl. oben Anm. 272 ff.

340) 164 A 2d 260 (1960): Ein kleines Kind hat in der Wohnung seiner Eltern Brandwunden erlitten, als es in seinem Bett mit einem kochend heißen Heizkörper in Berührung gekommen ist. Die Klage richtet sich gegen den Vermieter der Wohnung, der die vertragliche Verpflichtung übernommen hatte, die Heizung in Ordnung zu halten.

341) 162 A 789 (1932): Vierjähriger Junge ist auf die Straße entwischt und dort überfahren worden.

342) 198 A 610 (1938).

343) 137 Me. 87, 15 A 2d 188 (1940).

344) 1 K.B. 35 (1933).

345) S. oben Anm. 89.

dem Anspruch eines vierjährigen Jungen statt, der an der Hand seines Großvaters eine Straße überquerte, von diesem vor Schreck über einen herankommenden Bus losgelassen und dabei überfahren wurde. Das Gericht konnte keinen Grund für eine Zurechnung des Mitverschuldens des Großvaters finden; im Gegenteil schien es ihm "ziemlich sinnlos, das Kind von einem Ersatzanspruch deshalb auszuschließen, weil es durch die zusammentreffende Fahrlässigkeit zweier Personen verletzt wurde", während es bei Verursachung des Unfalls durch nur eine Person ohne weiteres Ersatz erhalten könnte.³⁴⁶⁾

§ 17

Die Entwicklung der rule of imputation bis zur Gegenwart, dargestellt an Einzelproblemen

I. Allgemeines

Die Rechtsprechung der Mehrheit der einzelnen Staaten der USA, die aus den oben geschilderten Gründen³⁴⁷⁾ schon um das Jahr 1920 eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens gegenüber kleinen Kindern ablehnte, setzte sich im Lauf der folgenden Jahrzehnte weiter durch. In den dreißiger Jahren erhielt die Mehrheitsmeinung besondere Unterstützung durch die Aufnahme des Grundsatzes in das Restatement of the Law of Torts³⁴⁸⁾, daß kleinen Kindern das mitwirkende Verschulden ihrer Aufsichtspersonen nicht zuzurechnen sei.

Auch die Staaten, die zunächst an der New York rule festgehalten hatten³⁴⁹⁾,

346) Das Gericht (aaO S. 40) setzte sich in der Entscheidung auch mit der Frage auseinander, ob der Waite-case die Zurechnung nur auf der Grundlage des Beförderungsvertrages ausgesprochen hatte. Im Ergebnis wurde diese Frage verneint. Nach Ansicht des Gerichts zeigte die damalige Begründung, daß auch ohne Vertrag damals eine Zurechnung des Verschuldens der Großmutter angenommen worden wäre; damit war die Möglichkeit gegeben, den Waite-case zu "overrule", sofern nicht die Vorstellung einer Identität schon vorher aufgegeben worden war.

In England zeigen sich damit Ansätze für eine Unterscheidung zwischen außervertraglichen und vertraglichen Beziehungen, die im deutschen Rechte eine so wichtige Rolle spielt. Ihr kommt aber keine entscheidende Bedeutung zu.

347) Vgl. oben §§ 12 ff.

348) 2 Restatement of the Law of Torts, §§ 485 ff.

349) Vgl. oben § 16.

gaben im weiteren Verlauf durch Änderung der Rechtsprechung oder durch gesetzliches Verbot die Doktrin der Zurechnung auf.

So ist jedenfalls heute einhellig anerkannt, daß kleinen Kindern ein Verschulden ihrer Aufsichtspersonen nicht zugerechnet wird. Es gibt keinen Staat der USA ³⁵⁰⁾, der im Grundsatz von dieser "well established rule" abgewichen ist und sich heute noch zu einer Zurechnung bekennt.

Das Problem der Zurechnung eines Aufsichtsverschuldens gerade zwischen Eltern und Kindern ist deshalb im Rahmen der "doctrine of imputed negligence" im Lauf der letzten Jahrzehnte etwas zurückgetreten. ³⁵¹⁾ Naturgemäß hat deshalb auch die Zahl der Fälle abgenommen, in denen der Beklagte gegenüber dem Ersatzanspruch eines kleinen Kindes den Einwand des elterlichen Mitverschuldens geltend machte, weil dessen Erfolgsaussicht zu gering erschien.

Die Darstellung der Entwicklung der rule of imputation ist ferner durch eine Eigenart des amerikanischen Rechtswesens erschwert. Die Gerichte begründen nämlich die Entscheidung eines bestimmten Problems häufig nicht mehr selbständig, wenn in ihrem Staat ein "precedent" vorhanden ist, sondern berufen sich zur Begründung der Lösung einfach auf den zurückliegenden Fall. Daraus erklärt es sich, daß eine Vielzahl von Entscheidungen, die in späteren Jahren mit dem Einwand des mitwirkenden Aufsichtsverschuldens befaßt waren, keine eigenständige Begründung für dessen Ablehnung enthalten, sondern sich mit dem Hinweis auf die "well settled rule" einer Nichtzurechnung begnügen. ³⁵²⁾ Das Schwergewicht der Auseinandersetzung für und wider eine Zurechnung liegt nun offensichtlich in den Jahren vor 1920 und ist schon dargestellt worden.

Infolgedessen wird sich der folgende Überblick über die Entwicklung der rule zweckmäßig nicht an der Problematik eines jeden einzelnen Staates und seiner Präzedenzienkette orientieren. ³⁵³⁾ Vielmehr werden die Entscheidungen

350) Mit Ausnahme des Staates Maine vielleicht, vgl. oben Anm. 341 ff.

351) Etwa hinter dem Problem, ob bei death-actions der Eltern eine Zurechnung des Verschuldens des Verstorbenen oder des Verschuldens eines beneficiary zum Nachteil der anderen in Frage kommt, oder inwieweit das Verschulden eines Autofahrers den Insassen oder dem Eigentümer zugerechnet wird.

352) Es konnte nicht die Aufgabe des Verf. sein, sämtliche Entscheidungen in der Arbeit heranzuziehen und zu zitieren, die in den einzelnen Staaten der USA zum Problem der Zurechnung Stellung genommen haben. Ihre Zahl ist sehr hoch, überwiegend findet sich aber, wie betont, nur eine beiläufige Bestätigung der "well settled rule" of no-imputation. Trotzdem hat sich der Verf. bemüht, die wichtigsten Entscheidungen der einzelnen Staaten zur rule of imputation heranzuziehen.

353) Wie es etwa der Zweck einer Übersicht im ALR ist.

unter verschiedenen Gesichtspunkten zusammengefaßt, die sowohl für das amerikanische wie für das deutsche Recht von Bedeutung sind.

II. Kinder in Begleitung ihrer Eltern

1.) Ursprünglich gab es eine ganze Reihe von Entscheidungen, die eine Zurechnung auf diejenigen Fälle beschränken wollten, in denen die Eltern bei der Verletzung ihrer Kinder unmittelbar zugegen waren. Demgegenüber sollte eine Zurechnung nicht in Frage kommen, wenn sich die Kinder allein und unbeaufsichtigt auf der Straße befanden. Als authority für diese Differenzierung gilt der Waite-case ³⁵⁴⁾ und die durch ihn begründete "English rule" ³⁵⁵⁾.

Eine solche Unterscheidung wurde z. B. in einer Entscheidung des Staates Missouri ³⁵⁶⁾ für sinnvoll gehalten; für das Recht der Staaten Indiana ³⁵⁷⁾ und Texas ³⁵⁸⁾ galten die Fälle als die "äußerste Grenze" für eine mögliche Zurechnung, in denen die Eltern das Kind begleiteten. Noch im Jahre 1904 hat der Supreme Court of Tennessee in Nashville R. R. v. Howard ³⁵⁹⁾ eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens einer Mutter gegenüber ihrem vierjährigen Sohn nicht

354) Vgl. oben Anm. 89.

355) In der englischen Entscheidung war zwar das Kind in der unmittelbaren Begleitung einer Aufsichtsperson. Darin kommt aber nicht zum Ausdruck, daß die rule auf diese Fälle beschränkt ist. Es scheint vielmehr, daß diese Beschränkung von einigen Gerichten hineininterpretiert wurde.

356) Stillson v. Hannibal & St. J. R. Co., 67 Mo. 671. (Die Entscheidung war nicht zugänglich; in den folgenden Urteilen wird aber immer wieder auf sie verwiesen.) Es ist der einzige Fall, in dem in Missouri im Sinne einer Zurechnung entschieden wurde (vgl. oben Anm. 205); Ein achtjähriges Mädchen wurde in Begleitung ihres Vaters auf der Straße angefahren; ihre Klage hatte keinen Erfolg.

357) Vgl. den Fall Berry v. Lake Erie & W. R. Co., 1895 (oben Anm. 122).

358) G., H. & H. Ry. Co. v. Moore, 1893 (oben Anm. 192).

359) 112 Tenn. 107, 78 SW 1098 (1908); Der vierjährige Junge fuhr mit seiner Mutter und Schwester im Zug. Er verlor an der offenen Tür plötzlich das Gleichgewicht und stürzte aus dem fahrenden Zug. Obwohl das Gericht eine Zurechnung des etwaigen mütterlichen Verschuldens, entsprechend der English-rule, nicht für ausgeschlossen hielt!, konnte der Junge Ersatz für seine Verletzungen erlangen, weil er "nichts getan hatte, was bei einem Erwachsenen als Fahrlässigkeit ausgelegt werden konnte", und weil deswegen auch eine negligence der Mutter nicht festgestellt werden konnte.

für ausgeschlossen gehalten. In Brown v. Schendelman ³⁶⁰⁾ hat der Superior Court of Delaware die ausdrückliche Unterscheidung getroffen zwischen Fällen im "restricted" und "unrestricted sense". Auch den früheren Entscheidungen in Massachusetts ³⁶¹⁾ und New York ³⁶²⁾ liegt diese Unterscheidung zugrunde.

In all diesen Urteilen kommt mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck, daß nur in Fällen, in denen die Eltern anwesend sind, ihre contributory negligence als "proximate cause" des Unfalls gewertet werden kann, daß dagegen in den anderen Fällen ihr nur "passives" Verschulden hinter der "aktiven" negligence des Beklagten zurücktritt. ³⁶³⁾

Die Unterscheidung ist schon ursprünglich von den meisten Staaten nicht gebilligt worden. ³⁶⁴⁾ Sie ist in den folgenden Jahren auch in den übrigen Staaten nicht aufrechterhalten worden. ³⁶⁵⁾ Eine Zurechnung wird nunmehr für beide

360) Oben Anm. 272.

361) Vgl. die Entscheidungen in den obigen Anm. 282 ff. Die Einschränkung, daß das "Kind etwas getan haben müsse, was die Vorsicht verbietet, ..." usw., war ursprünglich nur auf die Fälle beschränkt, in denen Kinder allein auf der Straße verletzt worden waren.

362) Vgl. die Entscheidungen oben Anm. 297 ff. und vor allem Metcalf v. Rochester Ry. Co. (oben Anm. 300), wo die Unterscheidung deutlich ausgesprochen und ein Zweifel hinsichtlich der Zurechnung angemeldet wird, wenn die Kinder allein sind.

363) Diese Feststellungen stützen die These der Anm. 355, daß die Einschränkung der rule "erfunden" wurde, um in besonders gelagerten Fällen zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen. Es ist der alte Versuch, die strengen Normen der contributory negligence durch Kategorien der Kausalität zu umgehen. (Vgl. dazu oben Anm. 38, 51, 268).

364) Meist stillschweigend, indem die Theorie der Zurechnung ganz allgemein zurückgewiesen wurde. In Wymore v. Mahaska County (Iowa 1889, oben Anm. 162) und in Norfolk ... R. Co. v. Groseclose's Adm'r. (Va. 1891, oben Anm. 171) ist für Iowa bzw. Virginia die Unterscheidung ausdrücklich zurückgewiesen worden.

365) Für Indiana wurde die Unterscheidung schon zwei Jahre später in City of Evansville v. Sennhenn (1897) (oben Anm. 119) für unbeachtlich erklärt, desgleichen für Texas in Northern Texas Traction Co. v. Roye, 86 SW 621 (1905), wo ein dreijähriges Mädchen durch ein Loch in einem Straßenbahnwagen gefallen war und dabei ihren rechten Arm verlor. In Delaware wurde die Unterscheidung durch den Messick-case (oben Anm. 275) abgeschwächt, für Missouri gilt sie praktisch schon seit Winters v. Kansas City Cable Ry. Co.

Fallgruppen abgelehnt.

In Brekke v. Rothermal ³⁶⁶⁾ erklärte der Supreme Court of Iowa eine Zurechnung des väterlichen Aufsichtsverschuldens als unbeachtlich, in Colorado ³⁶⁷⁾ konnte ein kleiner Junge trotz der Nichtbeaufsichtigung durch seine Mutter für seine Verletzungen Ersatz erlangen. In Wilson v. Thayer County Agric. Soc. ³⁶⁸⁾ war ein Vater mit seinem zweijährigen Sohn auf den Armen zu nahe an ein Feuerwerk herangetreten. Seine Nachlässigkeit hinderte dessen Ersatzanspruch ebensowenig wie die Unaufmerksamkeit einer Mutter den ihres Sohn in Gallo v. Simpson Spring Co. ³⁶⁹⁾.

Der Supreme Court of California hat bei der Verletzung eines dreijährigen Mädchens, das mit seiner Mutter einkaufen war, im Sinne einer Nichtzurechnung entschieden ³⁷⁰⁾, ähnlich wie der Supreme Court of Arkansas in Missouri Pac. R.Co. v. Moore ³⁷¹⁾ bei der Verletzung eines siebenjährigen Mädchens, das bei

Fortsetzung der Fußnote 365) von Seite 124:

(oben Anm. 145) (1889) nicht mehr. Die Entscheidungen in Massachusetts und New York haben die erwähnten Einschränkungen später auch in den Fällen angewandt, in denen sich die Kinder in Begleitung ihrer Eltern befanden, und für beide Fallgruppen gilt heute das gesetzliche Verbot einer Zurechnung (vgl. oben § 16, II, 1, 2).

366) 196 NW 84 (1923): Ein sechsjähriger Junge ist nach dem Aussteigen aus dem Wagen seines Vaters vor der Schule angefahren worden. Die obige Feststellung trägt jedoch nicht die Entscheidung, denn eine negligence des Beklagten konnte nicht ermittelt werden; es handelte sich vielmehr um einen "accident".

367) Public Service Co. v. Petty, 226 P 297 (1924): Während seine Mutter in einem Büro Geld einzahlte, geriet der Junge in einem Nebenraum mit der Hand in eine dort aufgestellte Waschmaschine. Die Beklagte haftete wie bei einem "turntable- case".

368) 213 NW 966, 52 ALR 1393 (Nebraska 1927): Der Junge hatte Brandwunden erlitten.

369) 181 A 915 (R.I. 1935): Das Kind lief auf der Straße, trotz der Begleitung durch die Mutter, in einen Lastwagen. Es handelt sich um die erste Entscheidung des Staates Rhode Island zu dem Problemkreis.

370) In Crane v. Smith, 144 P 2d 356 (1943), unter Aufhebung des Urteils des Court of Appeals, 136 P 2d 606: Das Mädchen kam mit seinen Fingern in eine Kaffeemühle, vor der es mit seiner Mutter stand. Die Haftung des Geschäfts ergibt sich aus Analogie zu den "turntable- cases"; ein etwaiges Aufsichtsverschulden der Mutter befreit den Beklagten nicht von dem Einstehenmüssen für seine eigene Schuld.

371) 193 SW 2d 657 (1946): Bei der Klage im Interesse des Kindes keine Zurechnung.

einem Spaziergang mit Mutter und Großmutter von einem Zug überfahren wurde. Schließlich hat auch der Court of Appeals of Georgia ³⁷²⁾ die Unachtsamkeit eines Vaters dessen Kind nicht angelastet, als dieser seinen neun Monate alten Sohn auf der Schulter in einen Bäckereiladen trug, wobei das Kind sich an einem über dem Eingang aufgehängten Ventilator schwere Kopfverletzungen zuzog.

III. Kinder unbeaufsichtigt auf der Straße oder an anderen gefährlichen Plätzen

Bei Verletzungen eines Kindes, das sich nicht in Begleitung einer Aufsichtsperson befand, sind die Gerichte im allgemeinen mit der Zurechnung eines elterlichen Aufsichtsverschuldens noch zurückhaltender gewesen. Sogar die Nachfolgestaaten der Hartfield-Entscheidung haben in diesem Bereich Einschränkungen anerkannt und oft das Verschulden der Eltern nicht zum Nachteil der Kinder berücksichtigt. ³⁷³⁾

Soweit überhaupt eine solche Unterscheidung getroffen wurde ³⁷⁴⁾, erwuchs dies meist aus dem Bemühen, den Härten der "imputed contributory negligence" mit ihrem "Alles oder Nichts" auszuweichen. In diesen besonderen Fällen ließen die Gerichte die "passive" negligence der Eltern gegenüber der "aktiven" Schuld des Dritten zurücktreten ³⁷⁵⁾, indem das Aufsichtsverschulden der Eltern nicht als

372) Cooper v. Anderson, 101 SE 2d 770 (1957): Der Einwand des Beklagten, der Vater sei allein schuld (proximate cause), wird nicht anerkannt.

373) Vgl. oben § 16, I, 3-5 und Anm. 361 ff.

374) Dies war natürlich überhaupt nur in Staaten möglich, in denen die Hartfield-Doktrin grundsätzlich gebilligt wurde.

375) Die Einschränkung der rule of contributory negligence durch Kategorien der Kausalität, wie der "last clear chance doctrine" (vgl. oben Anm. 51, 268), ist gerade in diesem Bereich ziemlich häufig. So wird z.B. in Jacksonville Electric Co. v. Adams, 50 Fla. 429, 39 S 183 (1905) die nur "passive negligence" der Eltern nicht berücksichtigt, als ein vierjähriger Junge allein auf der Straße von einem Wagen der Beklagten angefahren wurde. Umgekehrt beruft sich die beklagte Stadt in Eskildsen v. City of Seattle, 70 P 64 (Wash. 1902), als ein Junge infolge eines Lochs in der Straße stolperte und dadurch von einem Zug überfahren wurde, darauf, die negligence des Zugführers oder des Vaters sei die "proximate cause" des Unfalls gewesen, allerdings ohne Erfolg.

"proximate cause" des Unfalls, sondern nur als "remote" gewertet wurde. ³⁷⁶⁾

Die Entscheidung des Supreme Court of New Hampshire, Bisaillon v. Blood ³⁷⁷⁾, geht in diesem Zusammenhang sogar so weit, zu behaupten, in solchen Fällen spiele die Fahrlässigkeit der Eltern überhaupt keine Rolle.

In diesen Fällen nimmt häufig die Feststellung des Aufsichtsverschuldens der Eltern in tatsächlicher Hinsicht den wesentlichen Raum ein. Allgemein ist es nicht als "negligence as a matter of law" angesehen worden, daß Eltern ihre kleinen Kinder allein auf die Straße lassen ³⁷⁸⁾; sondern über ihre negligence hat

376) Vgl. dazu auch die Entscheidung Johnson's Adm'r. v. Rutland R.Co., 106 A 682 (Vt. 1913), wo beim Tod eines sechsjährigen Mädchens ein etwaiges Mitverschulden der Mutter als "too remote" gewertet wurde (aaO S. 686). Die death-action war erfolgreich.

377) 64 N.H. 565, 15 A 147 (1888): Ein fünfjähriges Kind wurde auf der Straße von einem Pferdewagen angefahren. Es kam nach Ansicht des Gerichts allein darauf an, ob der Fahrer des Wagens den Unfall hätte vermeiden können; das wurde bejaht.

378) Vgl. die Annotation: Presence of young child in street unattended as negligence or evidence of negligence, 51 ALR 209 f. (1927), die sich besonders mit den Entscheidungen in New York und Massachusetts auseinandersetzt.

Vgl. für New York die oben Anm. 294 ff., 308 ff., angeführten Entscheidungen und etwa noch Kieley v. N.Y. Cent. & H.R.R.Co. (1914) 86 Misc. Rep. 490, 149 NYS 299, wo ein dreijähriger Junge allein auf der Straße spielte und durch einen Zug tödlich überfahren wurde. Diese Feststellung gilt aber auch in vielen anderen Staaten. Erstaunlicherweise wird das Problem der unbeaufsichtigten Kinder häufig in Fällen behandelt, in denen die Kinder tödliche Verletzungen erlitten haben.

Vgl. für Tennessee: Dan v. Citizens' St.R.Co., 99 Tenn. 88, 41 SW 339 (1897): Ein vierjähriges Mädchen ist auf der Straße tödlich überfahren worden. Die death-action des Vaters hatte Erfolg.

Für Pennsylvania: Del Rossi v. Cooney, 208 Pa. 233, 57 A 514 (1904): Ein vierjähriger Junge ist unter einen Pferdewagen geraten. Das klagabweisende Urteil wurde aufgehoben.

Kentucky: Burton v. Spurlock's Adm'r., 294 Ky. 336, 171 SW 2d 1012 (1943): Ein sechsjähriges Mädchen, das mit Wissen der Eltern Zeitungen austrug, ist von einem Taxi tödlich angefahren worden. Die jury bejahte negligence der Eltern.

Dagegen setzte sich dieser Grundsatz in Massachusetts erst später durch. In Collins v. South Boston H.R.Co., (1886) (oben Anm. 278) wurde die Feststellung der Fahrlässigkeit der Mutter der jury überlassen; in Grant v. City

die jury "as a question of fact" zu entscheiden, wobei die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, etwa die Armut ³⁷⁹⁾ oder sonstige beengte Lebensverhältnisse. Vielfach steht nicht einmal das Problem der Zurechnung im Mittelpunkt der Entscheidungen, sondern die Frage nach der Haftung des Beklagten. ³⁸⁰⁾

Fortsetzung der Fußnote 378) von Seite 127:

of Fitchburg (1893) (oben Anm. 286) ist es "prima facie evidence" of negligence der Eltern, wenn sich ein kleines Kind allein auf der Straße befindet. Erst die späteren Entscheidungen überlassen die Feststellung der negligence der jury. Vgl. etwa Sullivan v. Boston E. Ry. Co. (1906) (oben Anm. 68) oder Minsk v. Pitaro (1933) (oben Anm. 292).

Auch in Montana besteht die Vermutung einer Pflichtverletzung der Eltern, wenn ein Kind allein auf der Straße ist, Harrington v. Butte, A. & P. Ry. Co. 95 P 8 (1908), wo ein fünfjähriges Kind von einem Zug überfahren wurde. Die Eltern hätten die Pflicht, auf ihr Kind aufzupassen, und zwar gegenüber dem Kind und der Allgemeinheit. Die Klage des Vaters für "loss of services"! des Kindes wurde abgewiesen, weil er dieser Pflicht nicht genügt habe.

379) Vgl. außer den oben Anm. 279 ff. angeführten Entscheidungen etwa noch Monrean v. Eastern Wisconsin Ry. & Light Co., 140 NW 309 (Wis. 1913), wo ein Kind von zu Hause auf die Straße gelaufen war und dort tödlich überfahren wurde. Die Klage hatte Erfolg.

380) Außer Verkehrsunfällen kommen vor allem Verletzungen in Betracht, die Kinder sich auf fremden Grundstücken zugezogen haben. Die Ermittlung der Haftung eines Grundstückseigentümers gegenüber Kindern spielt in diesen Fällen eine wesentliche Rolle.

Die Verantwortlichkeit des Eigentümers ist in einer geschickten Weise abgestuft worden, wobei die duty gerade gegenüber Kindern sehr weit ausgedehnt wird und praktisch schon einer Art Gefährdungshaftung nahekommmt.

Die Entwicklung des Haftungsstatbestandes kann hier nicht weiter verfolgt werden (vgl. dazu oben Anm. 11). So hat aber etwa der Supreme Court of Alabama, in Highland Ave. & B.R. Co. v. Robbins, 27 S 422 (1900) einem kleinen Jungen, der auf einem Bahndamm überfahren wurde, einen Ersatzanspruch versagt, weil eine duty der Beklagten nicht zu ermitteln war, und in Brinkley Car Works & MFG Co. v. Cooper, 67 SW 752 (Ark. 1902) ließ sich ebenfalls eine Verantwortlichkeit des beklagten Grundstückseigentümers nicht feststellen, als ein sechsjähriger Junge in einen Graben mit kochendem Wasser getreten war.

Mit der fortschreitenden Mißbilligung der Hartfield-Doktrin schwindet auch die Berechtigung für eine Unterscheidung zwischen den beiden Fallgruppen. Eine Zurechnung greift nun allgemein nicht mehr Platz. So konnte z. B. ein zehnjähriger Junge, der auf dem Grundstück des Beklagten eine Granate gefunden hatte und bei deren Explosion schwer verletzt wurde, in Beasley v. U. S.³⁸¹⁾ Schadensersatz verlangen, und in American Tobacco Co. v. Harrison³⁸²⁾ gab der Supreme Court of Appeals of Virginia einem neunjährigen Mädchen Recht, das auf der Straße in einen Lastwagen gelaufen war.³⁸³⁾ Eine Zurechnung wurde in Oklahoma³⁸⁴⁾ bei der Verletzung eines fünfjährigen Jungen auf der Straße ebenso abgelehnt wie bei der Entscheidung des U. S. Court of Appeals für South Carolina³⁸⁵⁾. Endlich gab der Supreme Court of California in Reynolds v. Willson³⁸⁶⁾ der Klage eines zweijährigen Jungen statt, der von zu Hause weggelaufen war und durch einen Sturz in das Schwimmbassin auf dem Privatgrundstück des Beklagten Lähmungen davontrug.

IV. Kinder in Begleitung anderer Aufsichtspersonen

1.) Wenn sich kleine Kinder in Begleitung älterer Geschwister oder Kameraden befanden, haben sogar die Gerichte, die ursprünglich der Hartfield-Doktrin folgten, allgemein deren Verschulden den Kindern nicht zugerechnet. Nur in ganz

381) 81 FS 518 (1948, D. C. of U. S. im Staate S. C.): Das Kind konnte einen Anspruch für seine Verletzungen durchsetzen, nicht aber der Vater einen Anspruch aus eigenem Recht.

382) 27 SE 2d 181 (1943).

383) Das Kind wurde von der jury als "non sui juris" angesehen. Wahrscheinlich wurde aber eine Fahrlässigkeit der Mutter deshalb verneint, weil man ein Mädchen von neun Jahren ohne Bedenken auf die Straße gehen lassen kann.

384) In Witt v. Houston, 246 P 2d 753 (1952): Die Klage des Kindes wurde allerdings abgewiesen, weil die jury es für "sui juris" hielt und von ihm die Ausübung eigener Sorgfalt verlangte!

385) Atlantic Coast Line R. Co. v. Truett, 249 F 2d 215 (1957): Ein achtzehn Monate altes Kind wurde auf Eisenbahnschienen tödlich überfahren. Beiläufig wird gesagt, eine Zurechnung gegenüber dem Kind finde nicht statt, dagegen seien die Eltern bei eigener Fahrlässigkeit von einem Anspruch ausgeschlossen.

386) 331 P 2d 48 (1958). Vgl. auch oben Anm. 380. Daß eine Zurechnung nicht möglich ist, wird nur noch mit einem Satz bemerkt.

wenigen Entscheidungen findet sich eine entgegengesetzte Andeutung. ³⁸⁷⁾ Im Verhältnis zu den Kindern wurde diesen Begleitpersonen nicht die Stellung eines "custodian" mit verantwortlicher Personensorge zugebilligt. ³⁸⁸⁾ Dagegen wurden sie im Verhältnis zu den Eltern als "agents" gewertet, so daß deren eigene Ansprüche nicht zum Zuge kommen konnten. ³⁸⁹⁾

387) Vor allem ist hier die Entscheidung McKenna v. Andreassi (Mass. 1935) zu nennen (oben Anm. 293), wo dem sechsjährigen Kläger das Verschulden seiner Schwester zugerechnet wurde, deren Schuldlosigkeit er nicht beweisen konnte.

Zwei andere Entscheidungen der Staaten Maine und Massachusetts behandeln Fälle, in denen das Kind tödlich verletzt wurde, und sind deshalb keine eigentliche Stütze für diesen Grundsatz (vgl. dazu unten Anm. 389): In Grant v. Bangor Ry. & Electr. Co., Me. 1912 (oben Anm. 261), wird das Verhalten der neunjährigen Schwester auf Fahrlässigkeit untersucht, und in Marchant v. Boston & M.R.R., Mass. 1917 (oben Anm. 285) wird die Nachlässigkeit der siebenjährigen Schwester nicht dem Kind zugerechnet, sondern dem administrator of the estate.

388) Besonders in den frühen Jahren sind die Entscheidungen häufig, in denen verletzte Kinder von älteren Geschwistern oder Kameraden begleitet wurden. Die meisten Entscheidungen weisen jedoch die rule of imputation ohne jede Differenzierung zurück. Es sind hier nur einzelne Urteile aufgeführt, die speziell zu dem Problem der Begleitung durch andere Aufsichtspersonen als die Eltern Stellung nehmen:

Vgl. Watson v. Southern Ry., S.C. 1903 (oben Anm. 146; zwei ältere Geschwister) und Westbrook v. Mobile & O.R. Co. (Miss. 1889) (oben Anm. 202; achtjähriger Bruder).

Der Supreme Court of Missouri weist in Winters v. Kansas City C. Ry. Co. (oben Anm. 145) es als "unvernünftig und unmenschlich" zurück, das zehnjährige Mädchen, das seinen kleinen Bruder beschützen sollte, als "guardian" oder als Vertreter der Eltern zu qualifizieren.

In Perryman v. Chicago City Ry. Co., 89 NE 980 (Ill. 1909) wird die Nachlässigkeit eines achtjährigen Bruders ausdrücklich nicht einem vierjährigen Kläger zugerechnet, der auf der Straße angefahren wurde.

389) Vgl. dazu die Annotation: Contributory negligence of custodian of child as affecting right of parent to recover for its death or injury, 23 ALR 655 (1921). So hat der Court of Appeals in Kentucky in Schlenks v. Central Pass. Ry. Co., 15 Ky.L.Rep. 409, 23 SW 589 (1893), einem Vater bei der Klage für den Tod seines dreijährigen Sohnes das Verschulden eines zwölfjährigen Mädchens zugerechnet, das nach der Ansicht des Gerichts "agent"

Ganz generell läßt sich somit sagen, daß die Fälle, in denen Kinder von älteren Kameraden begleitet wurden, praktisch nicht anders behandelt und entschieden wurden als wenn die Kinder allein auf der Straße gewesen wären. Auch wertete es die Jury grundsätzlich nicht als negligence der Eltern, daß sie ihr Kind in Begleitung älterer Geschwister oder Spielgefährten auf die Straße gehen ließen. 390)

Fortsetzung der Fußnote 389) von Seite 130:

des Vaters war und die "custody" für ihn ausübte. Desgleichen hatte die Klage eines Mannes für den Tod seiner Tochter und seiner Frau in Richmond F. & P.R.Co. v. Martins Adm'r., 102 Va. 201, 45 SE 894 (Supreme Court of Va. 1903), keinen Erfolg, weil er sich das Verschulden seines elfjährigen Sohnes anrechnen lassen mußte, der den Pferdewagen unaufmerksam gelenkt und dadurch den Unfall mit dem Zug verursacht hatte. Der Sohn galt als agent seines Vaters. Diese Rechtsprechung ist fortgesetzt worden in Gress v. Philadelphia & R.Ry.Co., 228 Pa. 482, 77 A 810 (1910), als Eltern nicht für den Tod ihrer beiden Kinder im Alter von sechs und vierzehn Jahren klagen konnten, weil das ältere Mädchen, welches die "custody" über seinen jüngeren Bruder übernommen hatte, fahrlässig gehandelt hatte. Sie ist bestätigt worden in Nettles v. Southern Ry.Co., 211 S.C. 187, 44 SE 2d 321 (1947), wo eine Mutter ihren fünfjährigen Sohn einer achtjährigen Nichte zum Einkaufen mitgegeben hatte und dieser von einem Zug tödlich überfahren wurde. Die Klage der Eltern hatte nur Erfolg, weil das Gericht das Kind, obwohl es custodian der Eltern war, nicht für fahrlässig hielt.

390) Vgl. dazu die Annotation 123 ALR 147. In Sughrue v. Bay State St.Ry.Co. (Mass. 1918, oben Anm. 281) z.B. ist es nicht als Fahrlässigkeit der Mutter angesehen worden, ihre zweijährige Tochter in Begleitung der dreizehnjährigen Schwester auf die Straße zu lassen. Ebenso hat der Supreme Court of Oklahoma in Missouri, K. & T.Ry.Co. v. Perino, 214 P 907 (1923), keine Fahrlässigkeit darin erblickt, einen siebenjährigen Jungen, der später an einem Bahnübergang tödlich überfahren wurde, mit seiner sechs Jahre älteren Schwester aus dem Haus zu lassen. In Feldman v. Detroit United Ry., 162 Mich. 486, 127 NW 687 (1910) wurde es dagegen z.B. als Fahrlässigkeit ausgelegt, einen vierjährigen Jungen mit seiner siebenjährigen Schwester auf die Straße zum Einkaufen zu schicken. Der Junge wurde tödlich überfahren, die negligence der Eltern verhinderte einen Ersatzanspruch,

2.) Erwachsene Personen, denen die Eltern die Obhut ihres Kindes anvertraut hatten, sind als "in loco parentis" nicht anders beurteilt worden als die Eltern selbst. Die Zurechnung ihres Verschuldens richtete sich daher nach der Einstellung der jeweiligen Staaten zur Hartfield-Doktrin. 391) Entsprechend ihrer schwindenden Anerkennung ist das Verschulden dieser Begleitpersonen den Kindern bei eigenen Ansprüchen 392) regelmäßig nicht zugerechnet worden 393).

391) Die beiden englischen Entscheidungen Waite v. North Eastern Ry. Co. (1858) (oben Anm. 89) und Oliver v. Birmingham etc. Co. (1933) (oben Anm. 344) behandeln z.B. Fälle, in denen Kinder in Begleitung ihrer Großeltern waren. Sie treffen keinen Unterschied zwischen Eltern und "custodians".

Auch in Battishill v. Humphery, Mich. 1887 (oben Anm. 108), wo die Mutter ihr Kind in der Obhut eines kränklichen Großvaters zurückgelassen hatte, findet sich nur die Wendung: "Weder das Verschulden der Eltern noch des custodian kann dem Kind zugerechnet werden".

392) Etwas anderes gilt allerdings bei Ansprüchen der Eltern aus eigenem Recht. Vgl. dazu oben Anm. 86 und die in Anm. 389 erwähnte Annotation: 23 ALR 655 (1921): In Pratt Coal & Iron Co. v. Brawley, 83 Ala. 371, 3 S 555 (1888) wurde das Aufsichtsverschulden der Großmutter dem Vater als Ausschluß seiner Klage für "loss of services" seines siebenjährigen Kindes zugerechnet, ebenso wie die Eltern in Bamberger v. Citizens' St.R.Co., Tenn. 1895 (oben Anm. 240) durch die Nachlässigkeit einer Tante, die den dreijährigen Jungen vor seinem Tod nicht genügend beaufsichtigt hatte, von einem Ersatzanspruch nach dem "death-statute" ausgeschlossen waren.

393) In J.F. Darmody Co. v. Reed, 60 Ind.App. 662, 111 NE 317 (1916) befand sich ein dreijähriger Junge mit seinem Onkel auf der Straße und wurde von einem Auto angefahren. Der Supreme Court of Oklahoma berücksichtigte in Patsy Oil & Gas Co. v. Odom, 96 P 2d 302 (1939) das Verschulden eines Onkels nicht zum Nachteil eines neunjährigen Jungen, der auf einem Grundstück Dynamit gefunden und sich bei einer Explosion Verletzungen zugezogen hatte, obwohl der Junge beim Onkel lebte und dieser als Angestellter des Beklagten das Dynamit besser hätte verwahren müssen. Auch der Supreme Court of Illinois gab in Duffy v. Cortesi, 2 Ill. 2d 511, 119 NE 2d 241 (1954) der Klage eines fünfjährigen Mädchens statt, das in Begleitung seiner Großmutter auf der Straße angefahren wurde. Dem Kind konnte die Unaufmerksamkeit der Großmutter nicht zugerechnet werden; wohl aber hinderte sie - die Großmutter starb bei dem Unfall - eine Klage des administrator of her estate.

In Lowery v. Berry, 269 SW 2d 795 (Tex. 1954) nahmen nach Ansicht des

Es wäre ja auch widersprüchlich, das Verhalten der Eltern nicht zu berücksichtigen, wohl aber das Verschulden von Personen, die eine geringere Bindung zum Kind haben. So ist vollends ein Verschulden solcher Personen nicht zugerechnet worden, denen die Eltern die Aufsicht über das Kind gar nicht übertragen hatten, denen sich die Kinder vielmehr rein zufällig angeschlossen hatten.³⁹⁴⁾

V. Kinder als Fahrgäste in (Kraft-)Fahrzeugen³⁹⁵⁾

1.) Diese Fallgruppe nimmt innerhalb des Problemkreises der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens schon wegen ihrer Häufigkeit einen wichtigen Raum ein. Sicher einem Drittel aller Entscheidungen liegt ein Unfall zu Grunde, den ein Kind als Mitfahrer in einem Fahrzeug erleiden mußte.

Aber noch aus einem weiteren Grunde empfiehlt sich eine gesonderte Behandlung dieser Fälle.³⁹⁶⁾ Im common law wurde nämlich die rule of imputation of contributory negligence auch in der Beziehung zwischen Fahrer und Fahrgast (driver and passenger) angewendet³⁹⁷⁾, so daß ein Fahrgast wegen des mit-

Fortsetzung der Fußnote 393) von Seite 132:

Supreme Court of Texas Pflegeeltern, bei denen ein dreijähriges Mädchen schon längere Zeit lebte, die Stellung der Eltern ein ("in loco parentis"). Ihre Fahrlässigkeit, das Kind auf die Straße zu lassen, hinderte nicht den Ersatzanspruch des Kindes, wohl aber ihre Klage aus eigenem Recht - und auch die der Eltern.

394) Vgl. etwa Williams v. Missouri Pac.R.Co., 99 S 286 (La. 1924): Ein siebenjähriges Mädchen hatte sich ohne Wissen der Eltern einer bekannten älteren Frau bei einer Besorgung angeschlossen. Es wurde beim Überqueren von Bahngleisen getötet. Die negligence der Frau schloß eine Klage der Eltern für den Tod des Kindes nicht aus, denn ihr war nicht die Obhut und Aufsicht über das Kind übertragen.

395) Vgl. dazu Prosser, Torts, § 54 S. 300 ff.; Harper and James, Torts, § 23.2 S. 1267 ff.; Annotations: Negligence of driver imputed to passenger, 90 ALR 630 (1934) und 123 ALR 1171 (1939); Note: Imputation of negligence of driver to the occupant of a vehicle, 12 Cal.L.Rev. 238 (1924).

396) Obwohl sich natürlich aus dieser getrennten Behandlung Überschneidungen mit den Gruppen (oben) II und IV ergeben können.

397) Außer in dem anerkannten Bereich der "vicarious liability" der agency, partnership und joint enterprise und in den schon erwähnten besonderen Beziehungen 1. zwischen Eltern und Kind, 2. zwischen Fahrgast und Fahrer galt die Theorie der Zurechnung fremden Verschuldens noch 3. in dem Verhältnis zwischen Mann und Frau (inzwischen längst aufgegeben) und 4. zwischen bailor (Hinterleger) und bailee (Verwahrer). Vgl. die Nachweise oben Anm. 395.

wirkenden Verschuldens des Fahrers von einem Ersatzanspruch für Unfallverletzungen ausgeschlossen war.

Diese Theorie hatte ihren Ausgangspunkt in der englischen Entscheidung Thorogood v. Bryan ³⁹⁸⁾ aus dem Jahre 1849, in der das Gericht eine Identität! ³⁹⁹⁾ zwischen Fahrer und Fahrgast eines öffentlichen Verkehrsmittels annahm.

Sie hatte zunächst auch in den USA Zustimmung gefunden. ⁴⁰⁰⁾ Noch bevor aber in England in Mills v. Armstrong (The Bernina) ⁴⁰¹⁾ die rule of Thorogood v. Bryan ⁴⁰²⁾ aufgehoben wurde, hatte der Supreme Court of the U.S. in der Entscheidung Little v. Hackett ⁴⁰³⁾ schon im Jahre 1886 die Zurechnung des Verschuldens eines Fahrers gegenüber einem zahlenden Fahrgast zurückgewiesen. Er hielt die Annahme einer Identität zwischen "driver" und "passenger" eines öffentlichen Verkehrsmittels "für aus der Luft gegriffen" und verneinte vor allem das Vorliegen einer "agency". Der Fahrgast habe in einem solchen Fall keine Kontrolle über den Fahrer, und die aus einer "agency" folgende Haftung des Fahrgastes für das Verhalten des Fahrers sei unvernünftig und ungesetzlich.

Ganz allgemein sind die Gerichte der Einzelstaaten dieser Rechtsprechung gefolgt und haben sowohl bei entgeltlicher Beförderung ⁴⁰⁴⁾ wie bei Gefällig-

398) 8 C.B. 115, 137 E.R. 452 (1849): Der Mann der Klägerin war in der ersten von zwei Kutschen desselben Unternehmens als Passagier mitgefahren. Der Fahrer ließ ihn an einer falschen Stelle und ohne zu halten aussteigen, in der Dunkelheit fuhr der zweite Wagen über ihn hinweg. Die Klage der Frau für den Tod des Mannes war wegen des Verschuldens des ersten Fahrers ausgeschlossen!

399) Wie man sieht, sind die Argumente für eine Zurechnung der Begründung der Zurechnung zwischen Eltern und Kindern sehr ähnlich.

400) Vgl. die Nachweise in Harper and James, aaO S. 1267 note 4-6.

401) 13 A.C. 1, Entscheidung des House of Lords vom Jahre 1888: Der Mann der Klägerin ist bei dem Zusammenstoß zweier Schiffe ertrunken, der auf das falsche Manövrieren beider Besatzungen zurückzuführen war. Trotzdem konnte die Klägerin einen Anspruch wegen des Todes ihres Mannes geltend machen.

402) Oben Anm. 398.

403) 116 US 366, 29 Law.Ed. 652 (1886): Beim Zusammenstoß einer Mietdroschke mit einem Zug der Beklagten wurde der Mann der Klägerin tödlich verletzt. Die Fahrlässigkeit des Fahrers war dem Fahrgast nicht zuzurechnen und damit auch nicht der Klägerin.

404) Vgl. die Nachweise in 90 ALR 630 und 123 ALR 1171.

keitsfahrten ⁴⁰⁵⁾ einem Fahrgast das Verschulden des Fahrers nicht zugerechnet. ⁴⁰⁶⁾

Heute wird grundsätzlich dem Mitfahrer in einem Verkehrsmittel das Verschulden des Fahrers nicht zugerechnet. ⁴⁰⁷⁾ Es gilt nun vielmehr auch für dieses Rechtsverhältnis das allgemeine Prinzip der rule of imputation, daß nur dann eine Zurechnung in Frage kommt, wenn auch umgekehrt - entsprechend dem both-ways-test ⁴⁰⁸⁾ - eine Haftung des Fahrgastes für Handlungen des Fahrers gegeben wäre. Eine Zurechnung des Verschuldens des Fahrers gegenüber dem

⁴⁰⁵⁾ Vgl. 90 ALR 630, 633.

⁴⁰⁶⁾ Nur zwei Staaten, Michigan und Wisconsin, haben bis über die Jahrhundertwende bei Privatfahrten an der Annahme einer agency festgehalten. In Michigan wird zur Begründung dieser Lehre auf die Entscheidung Lake Shore & M.S.R.Co. v. Miller, 25 Mich. 274 (1872) hingewiesen (sie war nicht zugänglich), in Wisconsin auf die Entscheidung Prideaux v. City of Mineral Point, 43 Wis. 513, 28 Am.Rep. 558 (1878): Einer Frau, die im Pferdewagen ihres Mannes bei einem Unfall Verletzungen erlitten hatte, wurde das Verschulden ihres Mannes als Ausschluß eines Anspruchs zugerechnet.

⁴⁰⁷⁾ Vgl. die in Anm. 395 aufgeführten Annotations. Der Grundsatz hat in dieser Form auch Aufnahme in das Restatement of the Law of Torts Band II § 490 gefunden.

⁴⁰⁸⁾ Dazu oben § 13 II und Anm. 157 ff.

Es kann hier nur am Rande darauf hingewiesen werden, daß der bisher allgemein anerkannte Grundsatz, eine Zurechnung sei entsprechend dem both-ways-test nur in denjenigen Fällen zulässig, dann aber auch angemessen und notwendig, in denen eine "vicarious liability" vorliege, in jüngster Zeit gerade im Verkehrsrecht auf Widerstand gestoßen ist.

Die Kritik insbesondere von James, Torts § 23.2, S. 1268 ff., 1273 ff., und Prosser, Torts § 65, wendet sich dagegen, daß die angesichts des Fehlens einer Gefährdungshaftung mit Recht begrüßte Ausweitung der Haftung für Kraftfahrzeuge (vor allem durch eine Ausdehnung der Haftung des Eigentümers eines Fahrzeuges bei Benutzung durch Familienmitglieder - family purpose doctrine - und durch eine Ausweitung des Instituts der "joint enterprise" (s. nächste Anm.) nun auch umgekehrt wieder durch eine Zurechnung im Bereich der contributory negligence zu einer Verschlechterung der Lage der Unfallopfer führt. Die Kritik will also nicht den Bereich der rule of imputation über die "vicarious liability" hinaus ausdehnen, sondern ihn weiter einschränken und nicht einmal in allen Fällen einer vicarious liability eine Zurechnung gelten lassen.

Fahrgast setzt also eine zusätzliche Rechtsbeziehung voraus, in der eine "vicarious liability" besteht. Dies trifft vor allem zu für das Rechtsverhältnis der agency, der partnership und der joint enterprise. ⁴⁰⁹⁾

2.) Bei der Verletzung von Kindern im Fahrzeug ihrer Aufsichtspersonen ergab sich ursprünglich für diejenigen Staaten ein Problem, in denen eine Zurechnung nur für eine der beiden Rechtsbeziehungen angenommen wurde.

a) Die beiden Staaten Wisconsin und Michigan, die bei Gefälligkeitsfahrten zunächst eine Identität zwischen Fahrgast und Fahrer angenommen hatten ⁴¹⁰⁾, haben das Problem in der Weise gelöst, daß sie für Minderjährige eine Ausnahme anerkannten.

409) Vgl. zur agency oben § 13 I, II und oben Anm. 397. Die partnership spielt im Rahmen der Arbeit keine Rolle.

Literaturhinweise zur "joint enterprise": Prosser, Torts § 65 S. 363 ff.; Harper and James, Torts § 23.2 S. 1268 ff.; Note: Negligence of driver imputed to the occupant of a vehicle, 12 Cal. L. Rev. 238 (1924); Annotations: What amounts to a joint adventure?: 48 ALR 1055, 1077; 63 ALR 909, 921; When occupants of automobile deemed to be engaged in joint enterprise so that negligence of one is imputable to other: 80 ALR 312; 95 ALR 857.

Die joint enterprise hat fast ausschließlich im Verkehrsrecht bei der Teilnahme mehrerer Personen an einer Autofahrt Bedeutung. Da die Teilnehmer an einer solchen "gemeinsamen Unternehmung" wechselseitig für das schuldhafte Verhalten der anderen einstehen müssen, ist ihr Vorliegen an enge Voraussetzungen geknüpft (vgl. die Nachweise in den erwähnten Annotations). Die Beteiligten an einer "joint enterprise" müssen sich zu einem gemeinsamen Zweck zusammengeschlossen haben, sie müssen nach einem gemeinsamen Plan handeln oder auch eine gemeinschaftliche Reise unternehmen. Darüber hinaus müssen aber die Partner eine gleichberechtigte Stellung einnehmen, es muß ihnen ein gegenseitiges, "equal right of control and direction" zustehen. Dieses entscheidende Element der wechselseitigen Kontrollmöglichkeit und des Mitspracherechts rückt die joint enterprise in die Nähe der agency.

410) Vgl. oben Anm. 406. Der Grundsatz der Identität wird für Wisconsin etwa in den beiden Entscheidungen Lauson v. Town of Fond Du Lac, 141 Wis. 57, 123 NW 629 (1909) oder John v. Pierce, 172 Wis. 44, 178 NW 297 (1920) als selbstverständlich angesehen, in denen jeweils erwachsene Passagiere in einem Fahrzeug verletzt wurden. In Michigan setzt besonders die Entscheidung Mullen v. City of Owosso, 100 Mich. 103, 58 NW 663, 43 Am. St. Rep. 436 (1894) die Rechtsprechung der Zurechnung fort, als eine Frau in

Seit der Entscheidung des Supreme Court of Wisconsin, Gulesserian v. Madison Ry.'s Co. ⁴¹¹⁾, als ein kleiner Junge trotz der Fahrlässigkeit der Mutter für seine Verletzungen im Auto Ersatz bekam, gilt die rule of imputation nicht im Eltern-Kind-Verhältnis, auch wenn sich das Kind im Wagen der Eltern befindet. ⁴¹²⁾

Auch der Supreme Court of Michigan hat in ständiger Rechtsprechung die Annahme einer agency zwischen Fahrer und Fahrgast auf Erwachsene beschränkt. Seit Schindler v. Milwaukee, L.S. & W.Ry.Co. ⁴¹³⁾ ist es als ungerecht empfunden worden, einem Kind in einem Fahrzeug ein fremdes Verschulden zuzurechnen, während sonst schon die rule of imputation zurückgewiesen worden war. ⁴¹⁴⁾ In Hampel v. Detroit, G.R. & W.Ry.Co. ⁴¹⁵⁾ erklärte das Gericht ein dreizehnjähriges Mädchen für unfähig, die Beziehung einer agency zu begründen, deshalb könne ihm das Verschulden des Fahrers eines Pferdewagens, auf dessen Einladung sie mitgefahren war, nicht zugerechnet werden. Diese Rechtsprechung ist in Donlin v. Detroit United Ry. ⁴¹⁶⁾ ausdrücklich bestätigt worden. Wäre der verletzte Junge dagegen ein Erwachsener gewesen, hätte er wegen der Mitschuld des Fahrers an dem Unfall keinen Anspruch geltend machen

Fortsetzung der Fußnote 410) von Seite 136:

einem Pferdewagen verletzt wurde. Sie habe die Beförderung aus freien Stücken angetreten und sei daher von einem Ersatzanspruch ausgeschlossen. Die rule of Thorogood v. Bryan wird indessen schon bald eingeschränkt. Vgl. die Annotation 90 ALR 630 und die dort vorangehende Entscheidung.

411) 172 Wis. 400, 179 NW 573, 15 ALR 406 (1920) (oben Anm. 132).

412) Schon ein Jahr später ist allgemein für die Beziehung "driver - passenger" die Theorie der agency aufgegeben worden in der Entscheidung Reiter v. Grober, 181 NW 739 (1921): Hier versuchte der Kläger gegen den Fahrgast eines Fahrzeugs vorzugehen, dessen Fahrer einen Unfall mitverschuldet hatte. Das Gericht nahm dies zum Anlaß, die ganze Theorie einer agency und Identität zwischen Fahrer und Fahrgast einer privaten Fahrt aufzugeben. Nur dann sei eine Zurechnung möglich, wenn der Fahrgast eine gewisse Kontrolle über das Verhalten des Fahrers ausüben könne.

413) 49 NW 670 (1891) (oben Anm. 218).

414) Im Battishill-case, oben Anm. 108.

415) 138 Mich. 1, 100 NW 1002 (1904) (oben Anm. 172).

416) 164 NW 447 (1917): Ein sechzehnjähriger Junge ist im Wagen seines älteren Bruders, den dessen Freund in eine Straßenbahn steuerte, verletzt worden.

können. In Kuchcinsky v. Curtis ⁴¹⁷⁾ war ein Kind in einem Schulbus verletzt worden und konnte trotz der negligence des Fahrers Ersatz verlangen. Seit der Entscheidung Bricker v. Green ⁴¹⁸⁾, in der die Theorie der agency zwischen "driver and passenger" schließlich auch in Michigan aufgegeben wurde, kommen auch in diesem Staat die allgemeinen Grundsätze der Zurechnung zur Geltung.

b) Das umgekehrte Problem ergab sich für die Staaten, die in der Beziehung zwischen Eltern und Kindern die rule of imputation anwendeten, nicht aber im Verhältnis zwischen Fahrer und Passagier. ⁴¹⁹⁾

Verschiedentlich haben nun die höchsten Gerichte in Delaware ⁴²⁰⁾, Maryland ⁴²¹⁾ und vor allem Massachusetts ⁴²²⁾ einem Kind das Verschulden seiner Aufsichtspersonen zugerechnet, auch wenn es in einem Fahrzeug verletzt wurde. Die Beziehung zwischen Eltern und Kind und die sich daraus ergebende Zurechnung stand dabei ausschließlich im Vordergrund der Erörterung. Keine dieser Entscheidungen ist auch nur mit einem Wort auf das Verhältnis der beiden Rechtsbeziehungen eingegangen und auf die mögliche Widersprüchlichkeit dieser Rechtsprechung, die ein Kind schlechter stellte als einen erwachsenen Mitfahrer.

Dagegen war den Gerichten in New York dieser Widerspruch durchaus bewußt und problematisch. Im Ergebnis entschieden sie sich in diesen Fällen ganz überwiegend für eine Nichtzurechnung. ⁴²³⁾ Einmal ließen sie die Eltern-Kind-

417) 251 Mich. 210, 231 NW 569 (1930). Es handelt sich um die Bestätigung einer anerkannten Rechtsprechung, ebenso wie schon in Davis v. New York Cent. R. Co., 222 Mich. 239, 192 NW 555 (1923), wo eine neunzehnjährige Frau nicht als fähig angesehen wurde, eine agency zu begründen.

418) 21 NW 2d 105 (1946): Bei dem Zusammenstoß zweier Autos ist eine Frau tödlich verletzt worden. Das Gericht bejahte trotz des Verschuldens ihres Mannes an dem Unfall einen Ersatzanspruch der Frau, den nun der administrator of her estate im Interesse der Kinder durchsetzen konnte. Es "overrules" die anderslautenden früheren Entscheidungen und betont, das Festhalten an der bisherigen rule würde eine schlechtere und ungerechtere Lösung darstellen als ihre Aufhebung.

419) Vgl. oben § 16 und Anm. 404 ff.

420) Etwa in Kyne v. Wilmington & N. R. Co., Del. 1888 (oben Anm. 92).

421) In County Com'rs etc. v. Beulah, Md. 1927 (oben Anm. 270).

422) Z. B. in Gallagher v. Johnson, 1921 (oben Anm. 288), Anthony v. Boston & M. R. R. (oben Anm. 290) (1931) und Tucker v. Ryan, 1937 (oben Anm. 325).

423) Anders z. B. die Entscheidung des Circuit Court of Appeals in New York, Delaware, L. & W. R. Co. v. Devore, 114 F 155 (1902) (oben Anm. 299), der die Beziehung zwischen Vater und Kind in den Vordergrund stellte und damit eine Zurechnung begründete.

Beziehung hinter dem Verhältnis zwischen Fahrer und Gast zurücktreten⁴²⁴⁾, zum anderen erschien eine custody des Vaters als Lenker des Fahrzeugs ausgeschlossen⁴²⁵⁾, und schließlich benutzten sie die einschränkende Formel für eine Zurückweisung der Zurechnung, "das Kind müsse etwas getan haben, was bei einem Erwachsenen Fahrlässigkeit bedeutet hätte"⁴²⁶⁾. Bei einem erwachsenen Fahrgast nun fehlte es aber an der Möglichkeit einer Zurechnung.

Auch Massachusetts hat später diese einschränkende Formel zu einer Ablehnung der Zurechnung herangezogen.⁴²⁷⁾

3.) Heute ist damit in allen Staaten anerkannt, daß Kindern als Insassen eines Fahrzeugs, genauso wie in den anderen Fällen, ein Verschulden ihrer mitfahrenden Aufsichtspersonen nicht zugerechnet wird. Es gilt also für diese Fallgruppe keine Besonderheit mehr. Insbesondere können Kinder nicht die Rechtsbeziehung einer agency⁴²⁸⁾ oder einer joint enterprise⁴²⁹⁾ zum Fahrer des Fahr-

424) Z. B. in Lewin v. Lehigh Val. R. Co., 65 NYS 49 (oben Anm. 299), womit die Zurechnung entfiel.

425) Wie in Hennessey v. Brooklyn City R. Co., 39 NYS 805 (1896) (oben Anm. 298) oder in Ouderkirk v. Boston & M. R. R. (1931) (oben Anm. 310), wo das Gericht eine alleinige Personensorge der Mutter annahm, obwohl der Vater das Fahrzeug steuerte. Der Mutter wiederum, und damit auch dem Kind, konnte ein Verschulden des Fahrers nicht zugerechnet werden.

426) Vgl. oben Anm. 295 und etwa die Entscheidungen Metcalfe v. Rochester Ry. Co., 42 NYS 661 (oben Anm. 300) oder Kupchinsky v. Vacuum Oil Co. (1933) (oben Anm. 311) (Vgl. zu dieser Entscheidung auch die Note in 47 Harv. L. Rev. 874 (1934)).

427) Nur andeutungsweise in Bessey v. Salemme (oben Anm. 326), ausdrücklich in Friedman v. Berthiaume (oben Anm. 327).

428) Vgl. dazu die ausdrückliche Widerlegung oben § 13.

429) Vgl. oben Anm. 409. Die Begründung einer "joint enterprise" und entsprechend auch die Argumentation der Zurückweisung dieser Rechtsbeziehung zwischen Kindern und Eltern ist derjenigen bei der agency sehr ähnlich. Vgl. oben § 13 III und die folgenden Entscheidungen, die leading cases für die Ablehnung einer "joint enterprise" in der Beziehung zwischen einem im Auto mitfahrenden Kind und seinen Eltern darstellen.

In Howe v. Central Vermont Ry. Co., 101 A 45 (1917) (oben Anm. 195) weist der Supreme Court of Vermont die Annahme einer "joint enterprise" zurück, als ein zweijähriges Kind während eines Familienausflugs bei dem Zusammenstoß des väterlichen Wagens mit einem Zug verletzt wurde. Ein Kind in einem solchen Alter könne weder die rechtsgeschäftliche Beziehung

zeugs begründen und damit über die "vicarious liability" für das Verschulden der Aufsichtspersonen an dem Unfall mittelbar verantwortlich gemacht werden.

Diese Grundsätze gelten für die Staaten Indiana ⁴³⁰⁾, Iowa ⁴³¹⁾ oder Kentucky ⁴³²⁾ nicht anders als für Washington ⁴³³⁾, California ⁴³⁴⁾ oder andere

Fortsetzung der Fußnote 429) von Seite 139:

der agency noch der joint enterprise begründen.

Der U.S. District of Florida lehnt es in Potter v. Florida Motor Lines, Inc., 57 F 2d 313 (1932) ab, die Beziehung zwischen Eltern und kleinem Kind während einer gemeinsamen Ausflugsfahrt im Auto als "joint enterprise" zu kennzeichnen. Dieses Rechtsverhältnis beruhe auf einer freiwilligen vertraglichen Vereinbarung, nicht auf Gesetz, und ein Minderjähriger könne sich im allgemeinen nicht so weitgehend verpflichten; zumindest sei ein solcher Vertrag anfechtbar. Das Kind habe auch keine tatsächliche Kontrolle über die Fahrweise seines Vaters ausüben können, und es sei ungerecht, ihm, oder auch seiner Mutter, die contributory negligence des Fahrers nur auf Grund einer fiktiven, unterstellten Kontrollmöglichkeit zuzurechnen und ihnen damit den Ersatzanspruch gegen den Busfahrer der beklagten Gesellschaft zu nehmen.

Auch die Entscheidung Bessey v. Salemme (Mass. 1939) (oben Anm. 326) weist in einer ausführlichen Erörterung die Annahme einer vertraglichen Übertragung und Aufgabe aller Sorgfalt gegenüber dem Fahrer zurück. Diese Rechtsprechung hat allgemein Zustimmung gefunden (vgl. die Nachweise oben Anm. 409).

430) In Terre Haute, I. & E. Traction Co. v. Stevenson, 73 Ind. App. 294, 126 NE 34 (1920) wurden zwei Töchter im offenen Pferdewagen, den die Mutter lenkte, bei einem Verkehrsunfall verletzt.

431) Raskin v. Sioux City, 200 NW 333 (1924): Ein fünfjähriger Junge ist verletzt worden, als sich der Wagen des Vaters infolge eines Grabens am Straßenrand überschlug. Vor der Entscheidung Wymore v. Mahaska County (1889) (oben Anm. 162) hatte der Supreme Court allerdings in Slater v. Burlington, C.R. & N. Ry. Co., 71 Iowa 209, 32 NW 264 (1887), einem zwölfjährigen Jungen das Verschulden des Fahrers eines Pferdewagens zugerechnet. Damals galt noch die rule of imputation zwischen driver and passenger, so daß nicht klar ersichtlich ist, auf welcher Beziehung in erster Linie die Zurechnung beruhte.

432) In Bowman v. Ernst, 71 SW 2d 1013 (1934) befand sich eine Tochter im Wagen ihres Vaters.

433) Hilstad v. City of Seattle, 271 P 264 (1928): Eine achtjährige Tochter im Wagen ihrer Eltern verletzt.

434) Smith v. Schwartz, 57 P 2d 1386 (1936, D.C.App.): Ein achtjähriges Mädchen im Auto ihres Vaters.

Staaten ⁴³⁵⁾. Bis in die jüngste Zeit ist diese rule immer wieder bestätigt worden. ⁴³⁶⁾ Gerade bei Verkehrsunfällen kommt es allerdings nicht selten vor,

435) Georgia: Atlanta, B. & C. Ry. Co. v. Loftin, 21 SE 2d 290 (1942, Ct. App.):

Ein sechsjähriges Mädchen wurde im Auto von Bekannten verletzt. Es hatte keine Kontrolle auf die Fahrweise, daher keine Zurechnung.

Minn.: In Wessman v. Scandrett, 14 NE 2d 445 (1944) wurde beim Zusammenstoß eines PKW mit einem Lastzug die Tochter des Fahrers des PKW verletzt.

436) Für South Carolina wird diese rule erneut hervorgehoben in Limehouse v. Southern Ry. Co., 58 SE 2d 685 (1950), als zwei kleine Kinder unter sieben Jahren im Auto ihrer Mutter mit einem Zug zusammenstießen.

Illinois: Romine v. City of Watseka, 341 Ill. App. 2d 370, 91 NE 2d 76 (1950): Ein fünfjähriger Junge fiel aus dem fahrenden Lastwagen, den sein Vater steuerte.

North Carolina: Price v. City of Monroe, 234 N.C. 666, 68 SE 2d 283 (1951): Ein Vater fuhr mit seiner Frau und seinem kleinen Kind in einen unbeleuchteten Graben, der quer über eine Straße gezogen war. Seine Frau und sein Kind als "mere passengers" konnten einen Ersatzanspruch gegen die Stadt durchsetzen, nicht aber er selbst.

New Mexico: Frei v. Brownlee, 56 N.M. 677, 248 P 2d 671 (1952), wo ein fünfjähriger Junge mit seiner Familie bei einem Ausflug im Auto verletzt wurde.

U.S. District Court of Missouri: Stafford v. Freightways, Inc., 117 FS 903 (1954): Eine Mutter hatte nachts auf der Landstraße ihren PKW unbeleuchtet abgestellt. Bei dem Auffahrtunfall erlag ihr minderjähriger Sohn seinen Verletzungen, ihre beiden kleinen Töchter wurden schwer verletzt. Das Urteil, das den Klagen der beiden Mädchen stattgegeben hatte, wurde allerdings in 217 F 2d 831 (1955) durch den U.S. Court of Appeals aufgehoben, weil eine Fahrlässigkeit auf seiten des beklagten Lastwagenfahrers nicht festzustellen war. Die Mutter selbst konnte ohnehin keine Ansprüche geltend machen, auch nicht für den Tod des Sohnes.

New Jersey: Maccia v. Tynes, 39 N.J. Super. 1, 120 A 2d 263 (1956): Ein dreijähriger Junge wurde im Auto seines Vaters bei einem Zusammenstoß verletzt. Als normaler "passenger" konnte der Junge einen Anspruch durchsetzen, nicht aber der Vater einen Anspruch aus eigenem Recht.

Nebraska: Owen v. Moore, 88 NW 2d 759 (1958): Ein vierjähriges Mädchen ist bei einem Unfall im Auto ihrer Mutter am Auge verletzt worden. Bei der nachfolgenden Operation ist sie gestorben. Die Klage des administrator of the estate erscheint nicht aussichtslos, denn ein Verschulden ihrer Mutter muß sie sich nicht zurechnen lassen. Ebenso hat ein fünfjähriger Junge

daß einem Kind ein Ersatzanspruch versagt wird, aber nicht, weil es sich das Fahrerverschulden zurechnen lassen muß, sondern weil das Gericht dessen Verhalten als die "proximate cause" des Unfalls wertet, so daß das Verschulden des Beklagten als "remote" zurücktritt, 437)

VI. Vertragliche Beziehungen zwischen dem verletzten Kind und dem Schädiger

1.) Die Hervorhebung einer solchen besonderen Fallgruppe hat für das amerikanische Recht eigentlich keine Berechtigung. Denn im common law der Vereinigten Staaten steht bei der Verletzung der Gesundheit eines Menschen der

Fortsetzung der Fußnote 436) von Seite 141:

in Eden v. Klaas, 89 NW 2d 74 (1958), Erfolg bei seiner Klage für Verletzungen, die er im Auto seines Vaters davongetragen hat.

Louisiana: Nicolle v. Roberts, 117 S 2d 622 (Ct. App. 1960), enthält bei der Verletzung eines kleinen Kindes bei einem Verkehrsunfall, den seine Mutter mitverschuldet hatte, die Bestätigung der Nichtzurechnung ebenso wie die Entscheidung desselben Gerichts Kliebert v. Marquette Casualty Company, 119 S 2d 545 (1960), als ein vierzehnjähriger Junge Ersatz verlangen kann, obwohl sein Vater den älteren Bruder ohne Führerschein hatte fahren lassen.

Florida: Dubov v. Ropes, 124 S 2d 34 (D.C.App. 1960), beruft sich bei dem Verkehrsunfall eines kleinen Kindes im Auto seiner Mutter wiederum auf die Doktrin der Nichtzurechnung.

437) Diese Fälle bilden jedoch keine Ausnahme. Es ist der immer wiederholte Versuch, die rule of contributory negligence durch Kausalitätskategorien zu umgehen. Vgl. oben Anm. 38, 51. So war ein neunjähriger Junge etwa in Florida von einem Ersatzanspruch ausgeschlossen, weil sein Vater den Zusammenstoß des Kraftwagens mit dem Zug allein verursacht hatte: Covington v. Seaboard Air Line Ry. Co., 128 S 426 (1930), (obwohl es gerade in Florida ein Gesetz gibt, das bei Bahnunfällen eine Teilung des Schadens vorsieht).

In Constantine v. Pennsylvania R. Co., 114 F 2d 271 (1940), wies der Circuit District Court of Indiana die Klage eines elfjährigen Mädchens ab, weil das Verschulden ihrer Mutter die "sole proximate cause" des Unfalls darstellte.

Die gleichen Grundsätze finden sich in der Entscheidung des Court of Appeals in California, Carpenter v. Gibson, 80 Cal.App. 2d 269, 181 P 2d 953 (1947), wo zwei Kinder im Alter von sieben und zwölf Jahren wegen des alleinigen Verschuldens ihres Vaters keinen Anspruch für ihre Verletzungen durchsetzen konnten.

aus dem Deliktstatbestand der negligence abgeleitete Ersatzanspruch entscheidend, wenn nicht ausschließlich im Vordergrund. ⁴³⁸⁾

In diesen Fällen kommt der vertraglichen Begründung der Pflichtverletzung keine wesentliche Bedeutung zu, sondern der Anspruch aus negligence gewährt offenbar sogar den stärkeren Schutz. ⁴³⁹⁾

Jedenfalls ändert es nichts an der Art und Weise der Ersatzberechtigung des Kindes, und es spielt daher für das Problem der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens keine Rolle, daß zwischen dem Schädiger und dem Kind noch zusätzlich eine rechtliche Sonderverbindung besteht. Die folgenden Entscheidungen gehen daher konsequenterweise auch grundsätzlich nicht auf die mögliche Begründung eines Ersatzanspruches aus Vertragsverletzung ein.

Immerhin erscheint es vom deutschen Recht her gesehen interessant und gerechtfertigt, diese Fallgruppe besonders hervorzuheben, weil hier die Unterscheidung zwischen vertraglichen und außervertraglichen Beziehungen so wesentliche Rechtsfolgen nach sich zieht.

2.) Im Rahmen von Beförderungsverträgen gelten nach der amerikanischen Rechtsprechung uneingeschränkt die allgemeinen Grundsätze der Nichtzurechnung.

So erklärte der Court of Civil Appeals of Texas in Kelley v. Texas & P. Ry. Co. ⁴⁴⁰⁾ die Zurechnung des mütterlichen Verschuldens gegenüber einem zweijährigen Kind für ausgeschlossen - "that can not be done" -, das sich in einem ungeheizten Abteil der beklagten Eisenbahngesellschaft eine Krankheit zugezogen hatte, obwohl sich die Mutter geweigert hatte, in ein anderes geheiztes Abteil umzuziehen.

Auch in Fox. v. Chicago, St. P. M. & O. Ry. Co. ⁴⁴¹⁾ hatte die Unachtsamkeit des Vaters des kleinen Kindes beim Aussteigen aus dem Zug keine nachteiligen Folgen; die beklagte Eisenbahn hatte für das unvermutete Anfahren des Zuges und die sich daraus ergebenden Folgen einzustehen.

In einem ähnlich gelagerten Fall in Oklahoma ⁴⁴²⁾ war ein Kind beim Aussteigen aus einem Zug auf unbeleuchtetem Bahnsteig von seiner Mutter einem anderen Fahrgast hinuntergereicht und von diesem beim unvermuteten Wiederanfahren des Zuges fallen gelassen worden. Eine Zurechnung dieses Verschuldens

⁴³⁸⁾ Vgl. oben § 6 S.

⁴³⁹⁾ Vgl. oben S. 38 f, Anm. 22 ff.

⁴⁴⁰⁾ 149 SW 349 (1912).

⁴⁴¹⁾ 141 NW 845 (Minn. 1913) (vgl. oben Anm. 93).

⁴⁴²⁾ Atchison, T. & S. F. Ry. Co. v. Calhoun, 89 P 207 (1907) (vgl. oben Anm. 170).

zum Nachteil des Kindes kam nicht in Betracht. 443)

3.) Auch die Verletzungen kleiner Kinder im Rahmen von Mietverträgen werden im amerikanischen Recht ausschließlich über "negligence" abgewickelt.

So konnte der Supreme Court of Illinois ⁴⁴⁴⁾ die Zurechnung des väterlichen Verschuldens zurückweisen, als ein zweijähriger Junge am Fenster der elterlichen Mietwohnung durch herabstürzendes Eis verletzt wurde. ⁴⁴⁵⁾

In Virginia ⁴⁴⁶⁾ war ein dreijähriges Mädchen in ein mit Wasser gefülltes Loch gestürzt, das die beklagte Gesellschaft in der Nähe von Siedlungshäusern ausgehoben hatte. Der Umstand, daß der Vater der Klägerin Arbeiter bei der Beklagten war und in einem dieser Siedlungshäuser zur Miete wohnte, spielte für die Ersatzberechtigung des verletzten Mädchens keine Rolle.

Die Commission of Appeals of Texas hatte in Gulf Production Co. v. Quisenberry ⁴⁴⁷⁾ über die Klage eines fünfjährigen Jungen zu entscheiden, der auf dem Grundstück der Beklagten von einem Gerüst heruntergefallen war. Der Vater des Klägers war Angestellter der Gesellschaft und bewohnte eine Werkswohnung. Seine Aufsichtsverletzung beseitigte nicht die Haftung des Beklagten gegenüber dem Kind als "invitee" für das unbewachte Stehenlassen einer "attractive instrumentality".

In Georgia ⁴⁴⁸⁾ war der Vermieter einer Wohnung für die Schadhafteigkeit der Treppe und die daraus resultierende Verletzung eines dreijährigen Jungen verantwortlich. Nach Ansicht des Court of Appeals hatte zwar jedes Mitglied der

443) In einem späteren, nach Oklahoma-law entschiedenen Fall des Supreme Court of Arkansas, Kansas City S. Ry. Co. v. Philips, 298 SW 325 (1927), konnte ein fünfjähriges Mädchen zwar im Ergebnis keinen Anspruch gegen eine Bahngesellschaft durchsetzen; dies beruhte jedoch nicht auf dem Prinzip der Zurechnung des mütterlichen Verschuldens - die Mutter war mit dem Kind eine Station zu weit gefahren, dieses hatte sich dann auf dem Heimweg zu Fuß eine Erkältung und Ohrenschmerzen zugezogen -, sondern der Bahn konnte keine Pflichtverletzung nachgewiesen werden, da sie die Stationen ordnungsgemäß ausgerufen hatte.

444) In Richardson v. Nelson, 221 Ill. 254, 77 NE 583 (1906).

445) Der Vater hatte allerdings von der Gefahr der Eisbildung gewußt und den Vermieter auf die drohende Gefahr aufmerksam gemacht.

446) Tugman v. Riverside & Dan River Cotton Mills, Inc., 132 SE 179 (Ct. App. Va. 1926).

447) 97 SW 2d 166 (1936); vgl. auch das vorausgehende Urteil des Court of Civil Appeals, Quisenberry v. Gulf Production Co., 63 SW 2d 248 (1933), das ähnlich entschieden hatte.

448) Oglesby v. Rutledge, 21 SE 2d 497 (Ga. 1942).

Familie des Mieters die gleichen Rechte gegenüber dem Vermieter wie der Mieter selbst, "stand in seinen Schuhen", eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens kam aber nicht in Frage.

Diese Grundsätze wurden einige Jahre später in demselben Staat in Anthony v. Dutton ⁴⁴⁹⁾ bestätigt.

Der Supreme Court in Iowa ⁴⁵⁰⁾ gab 1950 der Klage eines kleinen Kindes statt, das in dem gemeinsamen Waschraum eines großen Mietshauses mit der Hand in die Schalttafel einer elektrischen Waschmaschine geraten war. Die Unachtsamkeit der daneben arbeitenden Mutter hatte keinen Einfluß auf den Anspruch des Kindes gegen den Vermieter.

In dem Fall Harper v. Vallejo Housing Authority ⁴⁵¹⁾ war ein kleiner Junge von zwei Jahren innerhalb der Erholungszone einer Siedlung durch ein zurückstoßendes Auto angefahren worden. Bei der Klage gegen die Siedlungsgesellschaft wegen Zulassung des Parkens von Autos in dieser Zone berücksichtigte der Supreme Court nicht einmal zum Nachteil des Kindes, daß seine Eltern im Mietvertrag den Vermieter von allen Ansprüchen aus dem Mietvertrag freigestellt hatten - diese Klausel bezog sich nur auf die Eltern selbst!

In ähnlicher Weise spielten in Delaware ⁴⁵²⁾ bei der Verletzung eines kleinen Kindes in der Wohnung seiner Eltern deren vertragliche Beziehungen zu dem Vermieter keine Rolle.

In Thompson v. Paseo Manor South, Inc. ⁴⁵³⁾ fiel ein zweijähriges Kind in der elterlichen Mietwohnung aus dem Bett und verbrannte sich dabei an den kochend heißen Rohren der zentralen Heizungsanlage. Die Klage gegen den Vermieter wurde durch ein etwaiges Mitverschulden der Eltern nicht beeinträchtigt.

Schließlich änderten auch in Kansas die vertraglichen Beziehungen der Eltern zu dem Beklagten nicht die Rechtslage zuungunsten des Kindes. In Farran v. Peterson ⁴⁵⁴⁾ stürzte ein siebenjähriges Mädchen im Hof des gemieteten Hauses von einem Trümmerhaufen, in Becker v. Rupp ⁴⁵⁵⁾ zog sich ein neunjähriges

449) 36 SE 2d 836 (1946): Der vierjährige Kläger wurde in dem Haus, das seine Eltern vom Beklagten gemietet hatten, durch den Einsturz eines Kaminsimmes verletzt.

450) Primus v. Bellevue Apartments, 241 Iowa 1055, 44 NW 2d 347, 25 ALR 2d 565 (1950).

451) 104 Cal. App. 621, 232 P 2d 262 (1951).

452) In McKeon v. Goldstein (1960) (oben Anm. 339).

453) 331 SW 2d 1 (Kansas City Ct. App. of Missouri, 1959).

454) 342 P 2d 180 (Supr. Ct. 1959).

455) 353 P 2d 961 (Supr. Ct. 1960): Eine Zurechnung komme nicht bei eigenen Ansprüchen des Kindes in Frage, allenfalls bei Ansprüchen der Eltern aus deren Recht.

Mädchen durch den Genuß verseuchten Wassers eine Nierenvergiftung zu. Der Einwand des beklagten Vermieters, die Eltern hätten den Zustand des Wassers gekannt, hatte keinen Erfolg.

4.) Auch dienst- und arbeitsrechtliche Verträge der Eltern des verletzten Kindes werden grundsätzlich nicht zum Nachteil des Kindes berücksichtigt.

Schon 1906 wies der Circuit Court of Appeals für Mississippi ⁴⁵⁶⁾, als ein sechsjähriger Junge beim Spielen auf dem Gelände der beklagten Gesellschaft von einem zusammenbrechenden Holzstapel verletzt wurde, den Einwand zurück, der Vater des Kindes sei als Vorarbeiter bei der Beklagten für die Sicherheit des Geländes verantwortlich gewesen.

Ausnahmsweise schien dagegen dem Supreme Court of Texas ⁴⁵⁷⁾ die Unaufmerksamkeit eines Vaters als Arbeiter bei der beklagten Firma ein Grund für die Abweisung eines Anspruchs des verletzten vierjährigen Sohnes zu sein, der seinem Vater das Essen gebracht hatte und dabei mit seinem Bein in ein verdecktes Förderband geraten war.

Im allgemeinen wird das arbeitsrechtliche Verhältnis aber gar nicht in Erwägung gezogen. ⁴⁵⁸⁾

Schließlich gestand auch der Supreme Court of Minnesota ⁴⁵⁹⁾ einem zweijährigen Jungen einen Anspruch zu, den seine Mutter, Kassiererin bei dem beklagten Warenhaus, in das Geschäft mitgenommen hatte und der durch ein Geländer ein Stockwerk tief abgestürzt war.

456) St. Louis & S.F.R.Co. v. Underwood, 194 F 363 (1912).

457) In Blossom Oil & Cotton Co. v. Poteet, 136 SW 432 (1911). Einmal war eine negligence der Beklagten nicht feststellbar. Zugleich führte das Gericht aber aus, der Vater habe die gefährliche Anlage gekannt und habe sein Kind vor Schaden bewahren müssen. Die Beklagte für diese Unterlassung ihres servant haftbar zu machen, erschien dem Gericht offenbar zu weitgehend.

458) Vgl. auch die Entscheidung des Supreme Court of Appeals of Virginia: City of Danville v. Howard, 157 SE 733 (1931), wo ein achtjähriger Junge bei dem Einsturz eines Speichers tödlich verletzt wurde. Der klagende Vater hatte als Angestellter der beklagten Stadt die Überladung des Speichers nicht verhindert. Seine eigene Klage hatte zwar - im Gegensatz zu der seiner Frau - keinen Erfolg. Bei der death-action für seinen Sohn war dies aber auf seine contributory negligence zurückzuführen; sein Dienstverhältnis wurde nicht besonders berücksichtigt.

459) In Peterson v. Richfield Plaza, 89 NW 2d 712 (1958).

5.) Bei Beherbergungsverträgen gilt keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen.

In dem Fall Coole v. Haskins ⁴⁶⁰⁾ waren zwei kleine Kinder in dem Hotel des Beklagten nachts von Ratten gebissen worden. Dem Anspruch aus negligence konnte der Beklagte nicht den Einwand des Mitverschuldens der Eltern entgegensetzen, die das Zimmer für ihre Kinder gemietet hatten. ⁴⁶¹⁾

Ebensowenig wurde bei der Verletzung eines vierjährigen Mädchens in einem Hotel, in dem es mit seinen Eltern wohnte, eine zusätzliche Aufsichtspflicht der Eltern angenommen. ⁴⁶²⁾

6.) Auch wenn Kinder zum Einkaufen mitgenommen wurden, sind die Pflichten der Aufsichtspersonen niemals unter einem besonderen Gesichtspunkt beurteilt worden. ⁴⁶³⁾

Weder bei der Verletzung eines dreijährigen Jungen, der in einem Warenhaus unbewacht eine Rolltreppe hinaufgefahren war ⁴⁶⁴⁾, noch bei der Verletzung eines kleinen Mädchens, das seine Mutter beim Einkaufen begleitete und seine Hand in eine elektrische Wäschewringmaschine steckte ⁴⁶⁵⁾, haben die Gerichte in New York eine Zurechnung für möglich gehalten.

In Thacker v. IC. Penney Co. ⁴⁶⁶⁾ erklärte der U.S. Court of Appeals die Aufsichtspflichtverletzung einer Mutter gegenüber ihrem zweijährigen Sohn, den sie in einem Warenhaus aus den Augen verloren hatte, für unbeachtlich, wenn der Beklagte gegenüber dem Kind als "invitee" ebenfalls eine duty verletzt hatte.

460) 135 P 2d 176 (D.C.App.Cal. 1943).

461) Der Anspruch wurde auch auf nuisance gestützt. Dann gilt aber nichts anderes (vgl. oben Anm. 11). Weder der Einwand einer eigenen contributory negligence der Kinder noch der "assumption of risk" konnte zum Zuge kommen; eine Zurechnung des Verschuldens der Eltern kam in beiden Fällen nicht in Frage.

462) Webb v. Scott, 91 FS 8 (1950), US DC in Pa.).

463) Das Institut der culpa in contrahendo ist auch eine typische Erscheinung des deutschen Rechts, um die Haftung aus § 278 BGB vorzuverlegen.

Die Abstufung der Haftung erfolgt in den USA über die sehr geschickte Unterscheidung nach "trespassers", "licensees" und "invitees".

464) Frein v. Sears, Roebuck & Co. (oben Anm. 317).

465) Siegel v. Sears, Roebuck & Co. (oben Anm. 318).

466) 254 F 2d 672 (1958, nach Texas-law).

7.) Auch im Rahmen anderer vertraglicher Beziehungen steht der Anspruch aus negligence im Vordergrund, und es gilt somit auch für die Zurechnung der contributory negligence nichts besonderes.

Die Nachlässigkeit von Eltern im Rahmen eines Werklieferungsvertrages, die einen einzubauenden Heizungskörper in ihrem Haus ein paar Tage aufrecht stehen ließen, so daß ihr siebenjähriger Sohn durch dessen Umstürzen verletzt wurde, erschien dem Gericht in Pennsylvania ⁴⁶⁷⁾ bei dem Ersatzanspruch des Sohnes als unbeachtlich.

Desgleichen wurde in Kuettel v. Vradenburg ⁴⁶⁸⁾ die Unachtsamkeit der Eltern, die ihren dreijährigen Sohn bei einem Rennen alter Autos über die Absperzung hinaus hatten vorgehen lassen, so daß er von einem ausbrechenden Wagen überfahren wurde, bei der Klage gegen den Veranstalter dem Kind nicht zugerechnet. ⁴⁶⁹⁾

Aus einem Elektrizitätslieferungsvertrag wurden in einer Entscheidung in Vermont ⁴⁷⁰⁾ keine besonderen Pflichten des klagenden Vaters abgeleitet, obwohl ein Schadenseintritt durchaus im Bereich des Möglichen lag.

Schließlich rechnete der Superior Court of Pennsylvania in Briggs v. City of Philadelphia ⁴⁷¹⁾ bei der Verletzung eines siebenjährigen Mädchens auf dem Bürgersteig vor dem elterlichen Haus das Verschulden des Vaters dem Kind nicht zu, obwohl der Vater gerade eine vertraglich übernommene Pflicht zur Instandhaltung des Bürgersteigs gegenüber der Beklagten nicht erfüllt hatte. Das Gericht verneinte das Bestehen einer besonderen Beziehung zwischen dem verletzten Kind und der Stadt. Selbst der Umstand, daß der Vater einem Rückgriff der Stadt ausgesetzt war, beeinflusste nicht das grundsätzliche Klagerecht des Kindes selbst, das

⁴⁶⁷⁾ Potanko v. Sears, Roebuck & Co., 368 Pa. 582, 84 A 2d 522 (1951).

⁴⁶⁸⁾ 239 SW 2d 869 (1951, Tex.Civ.App.).

⁴⁶⁹⁾ Die Mehrheit des Gerichts erblickte in dem Verhalten der Eltern nicht die "proximate cause" des Unfalls, schon weil der Unfall nicht in dieser Form vorhersehbar war. Sie wandte sich jedoch auch aus grundsätzlichen Erwägungen gegen den Versuch, auf dem Umweg über die "proximate cause" dem Kind doch das Verschulden der Eltern entgegenzuhalten. Dagegen eine Minderheit, die dem Kind einen Ersatzanspruch versagen wollte.

⁴⁷⁰⁾ Butterfield v. Community Light & Power Co., 49 A 2d 415 (1946): Der Sohn wurde durch Starkstrom tödlich verletzt. Die Klage des Vaters gegen die Elektrizitätsgesellschaft hatte Erfolg, obwohl er bei der schlechten Leitungsführung und zwei vorhergehenden Unfällen den Schaden hätte voraussehen können.

⁴⁷¹⁾ 170 A 871 (1934).

sich daher auch eine Zurechnung nicht gefallen lassen mußte. Bei Verletzung durch zwei Personen sollte das Kind seinen Anspruch nicht verlieren, zumal es gegen seinen Vater nicht klageweise vorgehen konnte.

VII. Verschuldete Verschlimmerung des Schadens

1. Der Einwand der contributory negligence im eigentlichen Sinne bezieht sich nur auf ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten, das zur Entstehung des Schadens beigetragen hat.⁴⁷²⁾ Hingegen werden die Rechtsfolgen eines Verschuldens, das nach Schadenseintritt eine Verschlimmerung des Schadens bewirkt hat, im nordamerikanischen Recht unter dem besonderen Gesichtspunkt der "rule of avoidable consequences"⁴⁷³⁾ behandelt.

Zwar läßt sich außer dieser theoretischen Unterscheidung noch die weitere treffen, daß die contributory negligence eine echte Einwendung, sogar eine "complete defense" darstellt⁴⁷⁴⁾, während die "rule of avoidable consequences" nur eine Schadensregelungs- und -begrenzungsnorm bildet, die dem Geschädigten einen Ersatzanspruch nur für den Teil des Schadens versagt, der infolge seines eigenen fehlerhaften Verhaltens zusätzlich eingetreten ist.⁴⁷⁵⁾

Trotzdem liegt der "rule of avoidable consequences" derselbe Rechtsgedanke zugrunde wie der contributory negligence-rule, und es ist kein prinzipieller Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten gegeben.⁴⁷⁶⁾ Die Pflicht, sich vor oder nach Entstehung eines Schadens im eigenen Interesse vor Schaden zu bewahren oder den eingetretenen Schaden zu mindern, ist in ihrem Inhalt gleich⁴⁷⁷⁾, und die Ansprüche des Geschädigten sind insofern von seinem eigenen Verhalten

⁴⁷²⁾ Vgl. oben § 7 I, bes. Anm. 27.

⁴⁷³⁾ Vgl. dazu McCormick, On Damages § 33; Prosser, Torts S. 287; Harper and James, Torts § 22, 10 S. 1231; 15 Am. Jur., Damages § 27; 4 Restatement of the Law of Torts § 918.

⁴⁷⁴⁾ Vgl. vor allem McCormick, aaO; s. aber auch oben § 7 II.

⁴⁷⁵⁾ McCormick, aaO.

⁴⁷⁶⁾ Vor allem Prosser, Torts S. 287 f.; McCormick, aaO S. 128 f.

⁴⁷⁷⁾ Das amerikanische Recht macht keinen Unterschied in dem Inhalt der "Pflicht", vor oder nach Entstehung eines Schadens zu einer Verhütung oder Minderung beizutragen. In beiden Fällen ist anerkannt, daß es nicht eine echte Rechtspflicht darstellt, sondern ein Handeln in eigenem Interesse. Vgl. McCormick, Damages § 33 S. 128; Annotation: Duty of injured person to minimize tort damages by medical or surgical treatment, 48 ALR 2d 346, 350 (1956).

abhängig. 478)

2. Vor allem auch in der Beurteilung eines elterlichen Verschuldens, das nach dem Unfall eines Kindes zu einer Verschlimmerung des Schadens führt, zeigt sich, daß der "rule of avoidable consequences" die gleichen Prinzipien wie der contributory negligence-rule zu Grunde liegen.

Die amerikanischen Gerichte verfahren auch dann durchgehend nach den allgemeinen Prinzipien der rule of imputed contributory negligence und rechnen dem Kind ein Verschulden seiner Eltern nicht zu. Besondere Gesichtspunkte für den Bereich der "avoidable damages" werden also nicht herausgearbeitet. Häufig kommt in den Entscheidungen sogar nicht einmal zum Ausdruck, daß eventuell bei der Verschlimmerung eines Schadens andere Gesichtspunkte für die Zurechnung maßgebend sein könnten. 479)

So findet sich in der Entscheidung des Supreme Court of Missouri, Neff v. City of Cameron 480), nicht einmal ein Ansatzpunkt für eine Differenzierung oder Aufteilung des Schadens, obwohl das Bein des verletzten zweijährigen Mädchens erst durch die unzureichende Behandlung zu Hause steif wurde.

Der Court of Appeals of Kentucky betont in dem Urteil Louisville & N.R. Co. v. Wilkin's guardian 481) die allgemeine Verpflichtung, einen Schaden möglichst gering zu halten. Wenn aber der Gesundheitsschaden eines verletzten Kindes durch ein Verschulden der Eltern verschlechtert werde, dürfe diese Pflicht nicht in Widerspruch zu dem wohlbegründeten Rechtssatz treten, der eine Zurechnung des Verschuldens von Aufsichtspersonen verbiete. Das Prinzip der Nicht-

478) Vgl. dazu auch oben § 7 II, insbes. Anm. 45.

479) In der Entscheidung des Supreme Court of Texas, Western Union Tel. Co. v. Hoffmann, 15 SW 1048 (1891), nahm der fünfzehnjährige Kläger die Beklagte dafür in Anspruch, daß sie ein Telegramm des Vaters an den Arzt in der Stadt nicht ausgetragen hatte, so daß der Arm des Jungen steif wurde. Das Gericht geht überhaupt nicht darauf ein, daß der Vater durch sein Verhalten - er hatte eine weitere Woche nichts unternommen - zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hatte. Vielmehr ergeht das der Klage stattgebende Urteil ausschließlich auf Grund der "well settled rule" einer Nichtzurechnung des elterlichen Verschuldens.

480) 111 SW 1139, Mo. 1908 (vgl. oben Anm. 163).

481) 143 Ky. 572, 136 SW 1023 (1911): Ein dreijähriger Junge fuhr mit seiner Mutter und seinem Onkel im Zug. Beim Aussteigen auf dem unbeleuchteten Bahnsteig trat der Onkel in ein Loch und ließ den Kläger fallen. Die Rückenmarkverletzung des Klägers verschlimmerte sich infolge monatelanger unzureichender Behandlung.

zurechnung habe vielmehr den Vorrang und müsse erst recht zur Geltung kommen, wenn sich das Verschulden der Eltern nicht auf die Entstehung des Schadens beziehe, sondern nur auf die Abwendung weiterer Folgen.

Dieselben Grundsätze wiederholt das Gericht einige Jahre später ⁴⁸²⁾, als die beklagte Gesellschaft bei der Verletzung eines zwölfjährigen Jungen ein Verschulden des Vaters geltend machte, nicht gleich einen richtigen Arzt hinzugezogen zu haben.

In Gigoux v. Yamhill County ⁴⁸³⁾ konnte der Vater eines zehnjährigen Mädchens sogar eine death-action durchsetzen, obwohl die Schürfwunde seiner Tochter zu Hause falsch behandelt wurde und das Mädchen an einer sich anschließenden Blutvergiftung starb.

Bei der Klage eines kleinen Jungen gegen einen Arzt wegen der schlechten Behandlung einer Schußwunde im Fuß kam für das Gericht in North Carolina ⁴⁸⁴⁾ eine Zurechnung des väterlichen Verschuldens auch dann gar nicht in Frage, wenn der Vater durch eigenes nachlässiges Verhalten dazu beigetragen hatte, daß der Fuß lahm wurde.

Schließlich wurde auch in Lange v. Hoyt ⁴⁸⁵⁾ das Verschulden der Mutter eines achtjährigen Mädchens nach einem Autounfall nicht zu dessen Nachteil berücksichtigt; die Mutter hatte die Folgen der Verletzungen ihres Kindes dadurch verschlimmert, daß sie ihr Kind - auf Grund ihres Glaubens als Anhängerin einer Sekte - gleich aus der Behandlung des Krankenhauses herausgenommen hatte. Es kamen vielmehr die allgemeinen Grundsätze der Nichtzurechnung zum Zuge. ⁴⁸⁶⁾

482) In H. T. Whitson Lumber Co. v. Upchurch, 248 SW 243 (1923): Der zwölfjährige Kläger geriet bei der Arbeit bei der Beklagten mit dem Fuß unter einen schweren Wagen. Nach Ansicht des Gerichts lag in der Hinzuziehung eines nicht approbierten Arztes nicht unbedingt ein Verschulden des Vaters; es konnte aber keinesfalls dem Sohn zugerechnet werden.

483) 73 Ore. 212, 144 P 437 (1914): Das Mädchen war in ein Loch einer Brücke getreten, für deren Verkehrssicherheit der beklagte Kreis verantwortlich war. Eine Zurechnung war ausgeschlossen. Der Anspruch des Mädchens ging auf den Vater über.

484) In Mullinax v. Hord, 174 N.C. 607, 94 SE 426 (1917): Es fehlte aber schon an einem Verschulden des Vaters.

485) 114 Conn. 590, 159 A 575, 82 ALR 486 (1932).

486) In späteren Entscheidungen ist dieses Problem - soweit ersichtlich - nicht mehr aufgetaucht.

§ 18

Ansprüche der Eltern aus eigenem Recht ⁴⁸⁷⁾

I. Bei Ansprüchen der Eltern aus eigenem Recht, die ihnen aus der Verletzung ihres Kindes wegen "loss of services" oder als Aufwendungsersatz für Heilungskosten erwachsen können ⁴⁸⁸⁾, wird von den nordamerikanischen Gerichten immer wieder ausdrücklich der Gegensatz zu den Ansprüchen des Kindes selbst hervorgehoben.

In diesem Bereich gilt unangefochten der Grundsatz der public policy, der bei den eigenen Ersatzansprüchen des Kindes nicht anerkannt wurde ⁴⁸⁹⁾, daß niemand aus seinem schuldhaften Verhalten einen Vorteil ziehen soll: Ein mitwirkendes Verschulden der Eltern führt daher dazu, daß ihr eigener Ersatzanspruch ausgeschlossen ist. So berücksichtigt schon der Supreme Court of Ohio in Bellefontaine & I.R.Co. v. Snyder ⁴⁹⁰⁾ die contributory negligence der Eltern an dem Unfall ihres Kindes nicht bei dessen Anspruch, wohl aber bei der Abweisung ihrer eigenen Klage.

Im Jahre 1888 betonte der Supreme Court of Alabama ⁴⁹¹⁾ die Verschieden-

⁴⁸⁷⁾ Es ist schon oben Anm. 86 darauf hingewiesen worden, daß in diesem Bereich das Problem der Zurechnung fremden Verschuldens eigentlich nicht auftaucht. Der Grund für eine besondere Darstellung dieses Problemkreises, die deshalb auch sehr kurz gehalten ist, liegt einmal darin, daß oft gerade der Unterschied in der Bewertung des mitwirkenden Verschuldens der Eltern bei ihren eigenen Ansprüchen und denen ihrer Kinder betont wird, und zum anderen, daß die rule of imputed negligence besonders bei death-actions oft auf ihre Anwendbarkeit untersucht wird. Das deutsche Recht verfährt in allen diesen Fällen systematisch zutreffender, indem es hier unmittelbar § 254 BGB anwendet und die Zurechnung eines fremden Verschuldens gar nicht in Erwägung zieht. Vgl. oben § 2 II Anm. 21 f.

⁴⁸⁸⁾ Vgl. oben Anm. 86.

⁴⁸⁹⁾ Vgl. oben § 15 I, insbes. Anm. 240 ff.

⁴⁹⁰⁾ 18 Ohio St. 399 (1868) behandelt die Klage des Kindes, 24 Ohio St. 670 die Klage der Eltern; vgl. oben Anm. 204. Der Unterschied der beiden Urteile ist sehr klar in Vinnette v. Northern Pac. Ry. Co., 91 P 975 (Wash. 1907, unten Anm. 501), herausgearbeitet.

⁴⁹¹⁾ Pratt Coal & Iron Co. v. Brawley, 83 Ala. 371, 3 S 555 (1888): Der Vater, der das Kind mit seiner Großmutter zu Hause allein gelassen hatte, mußte sich bei seiner eigenen Klage gegen die beklagte Bahngesellschaft das Aufsichtsverschulden der Großmutter anrechnen lassen.

heit der Klagen des Vaters und des Kindes und versagte dem Vater wegen seines mitwirkenden Verschuldens einen Anspruch.

Auch der Supreme Court of Montana wies in der Entscheidung Conway v. Monidah Trust⁴⁹²⁾ die Klage eines Vaters für die Verletzungen seines siebenjährigen Sohnes, der auf dem Grundstück der beklagten Minengesellschaft in einen offenen Schacht gefallen war, mit dieser Begründung ab, während er dem Jungen selbst eine Entschädigung zuerkannte.⁴⁹³⁾

Dieser Grundsatz ist später nicht mehr in Zweifel gezogen worden.

II. In den Fällen, in denen die Verletzung zum Tode des Kindes führte, war sich die Rechtsprechung in den einzelnen Staaten über die Folgen eines Mitverschuldens der Eltern für deren death-action⁴⁹⁴⁾ nicht so einig. Die Rechtslage war entscheidend von der Ausgestaltung der Ansprüche der Hinterbliebenen durch das jeweilige Gesetz abhängig.⁴⁹⁵⁾

492) 157 P 178, 52 Mont. 244.

493) In 132 P 26, 149 P 711 ist die Klage des Jungen behandelt.

494) Ursprünglich gewährte das common law beim Tod eines Menschen überhaupt keine Ansprüche für die Hinterbliebenen. Die Anspruchsberechtigung der Hinterbliebenen ist deshalb von der Regelung und Gewährung durch das Gesetz abhängig, das heute in allen Einzelstaaten der USA vorhanden ist (vgl. unten Anm. 495).

Vgl. zu dem Problemkreis: Winfield, Death as affecting liability in torts, 29 Col.L.Rev. 239 ff. (1929); Schumacher, Rights of Action under Death and Survival Statutes, 23 Mich.L.Rev. 114 (1924); Prosser, Torts S. 705; Harper and James, Torts § 23.8, S. 1278 ff.; 16 Am.Jur.Death §§ 60 ff.; Ficker, Die Ansprüche der Hinterbliebenen aus tödlichen Verkehrsunfällen nach englischem Recht, RabelsZ 8 (1934), 376.

Annotations: Contributory negligence of parent as bar to an action by parent or administrator for death of child, 23 ALR 670 (1923), supplemented in 69 ALR 478 and 2 ALR 2d 785 (1948); Contributory negligence of beneficiary as affecting action under death or survival statute; Note: Common law exceptions to the defense of contributory negligence, 32 Col.L.Rev. 493, 501 (1932).

495) Die Gesetze, die den Hinterbliebenen einen Anspruch gewähren, lassen sich in zwei große Gruppen unterscheiden (vgl. die Nachweise in der vorigen Anm.). Einmal die "survival statutes", die dem Nachlaß die gleiche Klagmöglichkeit eröffnen, wie sie der Verstorbene für seine Verletzungen gehabt hätte. Hier ist die Anspruchsberechtigung der Hinterbliebenen eindeutig aus dem Recht des Verstorbenen abgeleitet.

Bei "survival-actions" ⁴⁹⁶⁾ wurde im allgemeinen ein Mitverschulden der Aufsichtspersonen nicht berücksichtigt, weil der Ersatzanspruch der Hinterbliebenen aus dem Recht des Verstorbenen abgeleitet ist. ⁴⁹⁷⁾ So wurde in diesen Fällen, entsprechend den Grundsätzen der Nichtzurechnung, trotz des Verschuldens eines Elternteils überwiegend der Klage des "administrator of the estate" stattgegeben. ⁴⁹⁸⁾

Fortsetzung der Fußnote 495) von Seite 153:

Zum anderen die "Death-statutes", die an Zahl und Bedeutung weit überwiegen, die nach dem Vorbild der englischen Fatal Accidents' Act von 1846, 9 & 10 Vict. c. 93 (auch Lord Campbell's Act genannt), den Hinterbliebenen für den Verlust des Unterhaltspflichtigen einen Ersatzanspruch in Form einer "death-action" geben; hierbei handelt es sich im allgemeinen um einen neuen eigenen Anspruch der Hinterbliebenen.

Die Ausgestaltung der Gesetze im einzelnen ist von Staat zu Staat verschieden. Gemeinsame Grundlage dieser "death and survival actions" ist jedoch die Rückbeziehung auf die Rechtslage vor dem Tod des Berechtigten und dessen fiktiven Anspruch. Sie bildet den Ausgangspunkt und die Rechtfertigung für die Erörterung der rule of imputed contributory negligence (vgl. oben Anm. 86).

496) Vgl. oben Anm. 86 und die vorige Anm.

497) Insofern ist die Erörterung des Problems der imputed contributory negligence in den Entscheidungen von einer gewissen Berechtigung. Im Grunde handelt es sich aber auch hier schon um eine andere Rechtsfrage (vgl. oben Anm. 86).

498) In den folgenden Fällen, die auf das Problem besonders eingehen, hatte die "survival-action" Erfolg: Westerfield v. Levis, 9 S 52 (La. 1891): Ein fünfjähriger Junge ist beim Spielen auf einer Straßenwalze tödlich überrollt worden. Wilmot v. McPadden, 78 Conn. 276, 61 A 1069 (1905): Ein siebenjähriges Kind ist durch den Einsturz eines baufälligen Kamins tödlich getroffen worden. Nashville Lumber Co. v. Busbee, 100 Ark. 76, 139 SW 301 (1911): Ein achtjähriger Junge ist auf dem Grundstück der bekl. Kistenfabrik in eine Art Förderband geraten. Love v. Detroit, J. & C.R.Co., 170 Mich. 1, 135 NW 963 (1912): Ein fünfjähriger Junge ist mit seinem Dreirad unter einen Zug gekommen.

Gegen einen Anspruch des mitschuldigen Aufsichtspflichtigen bei einer "survival-action" hat sich vor allem der Supreme Court of Washington in Crevelli v. Chicago, M. & St.P.Ry.Co., 98 Wash. 42, 167 P 66 (1917), ausgesprochen: Ein sechzehnjähriger Junge, der vom Vater für 17 Jahre ausgegeben wurde, hatte sich während der Arbeit beim Beklagten innere Verletzungen geholt, an denen er nach einer Operation gestorben war.

Diese Ansicht hat sich aber bei survival-actions nicht durchsetzen können.

Bei den eigentlichen death- actions ⁴⁹⁹⁾, die den Hinterbliebenen einen neuen Anspruch für den Tod des Kindes gewähren, richtete sich die Rechtslage entscheidend nach der Gestaltung der einzelnen Gesetze. ⁵⁰⁰⁾ Heute schließt nach der herrschenden Meinung das Aufsichtsverschulden eines Elternteils eine death- action aus, jedenfalls soweit dieser selbst aus dem estate etwas erhalten würde. ⁵⁰¹⁾

499) Vgl. oben Anm. 495.

500) Es ist hier nicht der Ort, auf die Unterschiede der einzelnen statutes einzugehen. Die Gerichtsbarkeiten differenzierten etwa danach, ob die "death- action" über einen "administrator of the estate" oder direkt von den Hinterbliebenen einzubringen war. Diese Unterscheidung war aber nicht unangefochten und ist heute weitgehend aufgehoben. Vgl. die Nachweise in den in Anm. 494 erwähnten Annotations mit weiteren Einzelheiten.

501) Die herrschende Meinung wurde eingeleitet durch diejenigen Gerichte, die schon frühzeitig eine generelle Berücksichtigung des elterlichen Mitverschuldens bei einer death- action verlangt hatten, weil in jedem Fall - auch wenn die Klage durch einen administrator eingebracht werde - eine Bereicherung der Eltern eintrete.

In diesem Sinne wurde schon 1895 in Bamberger v. Citizens' St.R.Co., Tenn.1895 (oben Anm. 240) und Wolf v. Lake Erie & W.R.Co., 55 Ohio St. 517, 45 NE 708 (1896), wo ein kleiner Junge von einer Eisenbahn überfahren wurde, die death- action eines administrator abgewiesen. Das gleiche gilt für Tucker v. Draper, 86 NW 917 (Neb. 1901): Ein dreijähriger Junge ist auf dem Grundstück der Beklagten in einen Brunnen gefallen und ertrunken. In Richmond, F. & P.R.Co. v. Martin's Adm'r., 102 Va. 201, 45 SE 894 (1903) overrules der Supreme Court of Virginia seine frühere gegenteilige Entscheidung Norfolk & W.R.Co. v. Groseclose's Adm'r. (oben Anm. 171) und weist die Klage eines Vaters für den Tod seiner siebenjährigen Tochter ab, die in einem Pferdewagen, den ihr Bruder mit Zustimmung seines Vaters lenkte, von einem Zug überfahren wurde. In Davis v. Seaboard Air Line Ry., (N.C. 1904) 48 SE 591, hatte es das Gericht mit einem Zugunfall eines zweijährigen Jungen zu tun, genauso wie der Supreme Court of Washington in Vinnette v. Northern Pac.Ry.Co., 91 P 975 (1907). In Michigan (Feldman v. Detroit United Ry., 162 Mich. 486, 127 NW 687 (1910): Ein vierjähriger Junge, in Begleitung seiner älteren Schwester, ist auf der Straße in eine Straßenbahn gelaufen) gelten die gleichen Grundsätze. In einem besonders scharfen Urteil weist der Circuit Court of Appeals (W.Va.) in Lee v. New River & Pocahontas Consol.Coal Co., 203 F 644 (1913) die Klage eines Vaters zurück, der entgegen einem Statut seinen noch nicht vierzehnjährigen

Als Begründung wird immer wieder hervorgehoben, daß niemand aus seinem eigenen Verhalten einen Vorteil ziehen solle. ⁵⁰²⁾

Fortsetzung der Fußnote 501) von Seite 155:

Sohn in einem Bergwerk über 24 Stunden hatte arbeiten lassen, so daß dieser schließlich auf den Schienen einer Zechenbahn eingeschlafen war und überfahren wurde; es widerspreche der public policy, in einem solchen Fall einen Anspruch zu gewähren.

Im Anschluß an die Entscheidung Town of Flagstaff v. Gomez, 23 Ariz. 184, 202 P 401, 23 ALR 661 (1921): Ein kleines Mädchen ist in einen offenen Graben entlang einer Wohnstraße gefallen und ertrunken -, stellt die Annotation 23 ALR 670 schon eine Mehrheit der Staaten fest, die einem administrator bei Mitverschulden eines Elternteils einen Anspruch versagen.

Diese Entwicklung hat sich fortgesetzt. Eine häufig zitierte Entscheidung ist das Urteil des Supreme Court of New Hampshire, Niemi v. Boston & M. R.R.Co., 87 N.H. 1, 173 A 361 (1934), in dem das Gericht entgegen seinem früheren Urteil Warren v. Manchester St.Ry. (oben Anm. 164) (overruled) einem Vater als administrator of the estate wegen seines Verschuldens an einem Verkehrsunfall keinen Anspruch für den Tod seiner drei Kinder zubilligte. In einem späteren Urteil, Martineau v. Waldman, (1944) 36 A 2d 627, hat dasselbe Gericht die rule auf den schuldigen beneficiary beschränkt, dagegen der Mutter eines kleinen Kindes, das auf der Straße überfahren worden war, trotz Anwesenheit des Vaters, einen Anspruch zuerkannt. Ausgeschlossen ist ein Vater von einem Ersatzanspruch für den Tod seiner sechsjährigen Tochter, die er Zeitungen austragen ließ, nach der Entscheidung des Court of Appeal of Kentucky, Burton v. Spurlock's Adm'r., 294 Ky. 336, 171 SW 2d 1012 (1943); ebenso nach Womack v. Preach (Ariz. 1946) 165 P 2d 657, wo ein vierjähriger Junge auf der Straße überfahren wurde; 1947 hat Alabama in Peoples v. Seamon, 31 S 2d 88, einem Vater für den Tod seines Sohnes wegen seiner eigenen Nachlässigkeit einen Anspruch versagt, weil der Vater allein aus diesem Recht einen Vorteil ziehen würde.

Ebenso schließt nach der Entscheidung des Supreme Court of Tennessee, Nichols v. Nashville Housing Authority, 187 Tenn. 683, 216 SW 2d 694 (1949) die Nachlässigkeit der Mutter einen Anspruch aus, die ihr Kind im Badezimmer den Hahn mit heißem Wasser hatte aufdrehen lassen, so daß sich das Kind verbrühte. Gegenüber diesen authorities kommt der Gegenmeinung keine Bedeutung mehr zu.

502) Vgl. die in der vorigen Anm. zitierten Entscheidungen, die alle auf diesen Gesichtspunkt abheben, auch oben Anm. 240.

DRITTER TEIL

§ 19

Zusammenfassung

I. Problematik und Nützlichkeit einer Gegenüberstellung der Gesichtspunkte für und wider eine Zurechnung in den beiden Rechtsordnungen

Die Untersuchung des Problemkreises der Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern im common law der Vereinigten Staaten hat deutlich werden lassen, mit welcher Einmütigkeit und Entschiedenheit die nordamerikanische Rechtsprechung es ablehnt, einem kleinen Kind einen Ersatzanspruch für seine Verletzungen gegen einen dritten Schädiger zu versagen oder zu kürzen, nur weil zu dem Unfall auch ein Verschulden seiner obhutspflichtigen Personen beigetragen hat. In ihrer heutigen einheitlichen und geschlossenen Zurückweisung der Zurechnung bietet die nordamerikanische Rechtsprechung insgesamt ein imponierendes Bild.

Diese klare Stellungnahme des Rechtskreises der USA gegen eine Zurechnung steht im Gegensatz zu der differenzierenden Haltung der deutschen Rechtsprechung und vor allem in auffallendem Widerspruch zu der herrschenden Meinung der deutschen Rechtslehre, die sich umgekehrt sogar mit allen Mitteln für eine Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens der Aufsichtspersonen zum Nachteil der Kinder einsetzt.

Die so entgegengesetzte Beurteilung eines ähnlich gelagerten Rechtsproblems in den beiden Rechtsordnungen legt es nahe, die Gesichtspunkte des deutschen Rechts für eine Zurechnung und des nordamerikanischen Rechts gegen eine Zurechnung gegenüberzustellen und die Gründe für derart unterschiedliche Ergebnisse zu untersuchen. Dabei ist es allerdings nicht das Anliegen dieser zusammenfassenden Darstellung, die amerikanischen Lösungen des Problems einfach auf das deutsche Recht übertragen zu wollen. Es ist, wie schon zu Beginn betont wurde ¹⁾, nicht der Sinn einer rechtsvergleichenden Arbeit, fremde Rechtsgedanken einfach zur Rezeption zu empfehlen. Dem steht außer den grundsätzlichen Bedenken schon die Eigenständigkeit jeder Rechtsordnung entgegen.

Gerade auf einem Rechtsgebiet jedoch, das wie das vorliegende im deutschen Recht seit Jahrzehnten so umstritten ist und wo "sich verschiedene Typen von Interessenlagen und Schutzaufgaben überschneiden, deren Gerechtigkeits-

1) Vgl. oben S. 1 f.

forderungen sich mit den umstrittenen Konstruktionen so amalgamiert haben, daß schließlich keine Seite des Problems mehr sachlich klar ist" ²⁾, kann es für die weitere Diskussion von Vorteil sein, sich mit den Lösungsvorschlägen und Gesichtspunkten eines fremden Rechtskreises auseinanderzusetzen. Ein solcher Vergleich zwingt erneut dazu, die hergebrachten eigenen Lösungen zu überdenken und sich auf die eigentlich tragenden Rechtsgrundsätze der Zurechnung fremden Verschuldens im Bereich der Selbstschädigung zu besinnen. Jedenfalls bildet die Gegenüberstellung eine Bereicherung der eigenen Diskussionsgrundlage. Sie mag dadurch zu dem Bemühen beitragen, die Grenze herauszuarbeiten, jenseits deren die entsprechende Anwendung des § 278 BGB und damit die unbeschränkte Zurechnung fremden Verschuldens im Bereich der Selbstschädigung nicht mehr mit der Ordnungsaufgabe des Schadensersatzrechts vereinbar ist. Die Darstellung hat ihren Zweck erreicht, wenn es ihr gelingt, die Diskussion um die entsprechende Anwendung des § 278 über die rein formalen Argumente hinauszuführen und den eigentlichen Kern des Problems abzugrenzen, wo kein Entgegenkommen und keine Zurechnung mehr möglich erscheinen.

Eine solche Gegenüberstellung ist nicht schon von vornherein durch die Unterschiede der beiden Rechtssysteme zur Erfolglosigkeit verurteilt. Vielmehr sind gerade in diesem Problemkreis die Gesichtspunkte für und gegen eine Zurechnung in beiden Rechten auf einige wenige, jeweils wiederkehrende und sich entsprechende Kernfragen konzentriert, wobei lediglich die Akzente verschieden gesetzt sind. Infolge dieser Ähnlichkeit der Diskussionsbasis ergibt sich sogar eine ausgesprochen günstige Vergleichsmöglichkeit.

Selbst die grundsätzlich unterschiedliche Ausgangslage der beiden Rechtsordnungen in der Regelung des mitwirkenden Verschuldens hat auf die Lösung des Problemkreises keinen wesentlichen Einfluß. Zwar erscheint es durchaus möglich, daß die strenge Norm des "Alles oder Nichts" der contributory negligence rule, die im Gegensatz zur Norm des § 254 BGB keine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens zuläßt ³⁾, ein Grund für die amerikanischen Gerichte gewesen ist, wenigstens gegenüber der Zurechnung fremden mitwirkenden Verschuldens zurückhaltend zu sein. Jedoch ist gerade zu einer Zeit, als die rule of contributory negligence in unangefochtener Geltung war, die rule of imputed contributory negligence entwickelt und zur Herrschaft gebracht worden, ⁴⁾ Umgekehrt hat auch das allmähliche Schwinden der Bedeutung der rule of contributory negligence und die teil-

2) Esser, JZ 1952, 257.

3) Vgl. oben § 7 II.

4) Die rule of contributory negligence ist ebenso im 19. Jahrh. entwickelt worden (vgl. oben § 7 Anm. 30) wie die imputed contributory negligence rule durch die Hartfield-Doktrin (vgl. oben § 9).

weise Ersetzung durch die rule of comparative negligence ⁵⁾ nicht zu einer Änderung der fest etablierten Rechtsprechung geführt, die eine Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern grundsätzlich ablehnt.

Es zeigt sich hier ganz deutlich, daß die eigentliche Kernfrage nicht in der Ausgestaltung des eigenen mitwirkenden Verschuldens liegt, sondern daß die entscheidende Auseinandersetzung um die Ermittlung der Grenzen der Zurechnung fremden Verschuldens geführt wird. Die eigentliche Kontroverse, und dies gilt besonders auch für das deutsche Recht ⁶⁾, ist nicht im Bereich des mitwirkenden Verschuldens zu lösen, sondern in dem Bereich des Entstehenmüssens für fremdes Verschulden. So ist denn auch zutreffenderweise in der Auseinandersetzung des deutschen Rechts um die grundsätzliche Anwendung des § 278 BGB in § 254 BGB die Möglichkeit einer Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nie besonders hervorgehoben worden.

Bei dem Vergleich der beiden Rechtsordnungen ist natürlich zu berücksichtigen, daß das common law eine andere historische Grundlage und ein unterschiedliches System der Rechtsfindung besitzt ⁷⁾, während das deutsche Recht mit dem Gesetz und dessen Auslegung konfrontiert ist.

Trotzdem ist von vornherein einer Ansicht entgegenzutreten, die gegenüber rechtsvergleichenden Hinweisen erhoben wurde ⁸⁾, im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen sei das deutsche Recht in der Frage der Zurechnung des Verschuldens von Aufsichtspersonen in einem bestimmten Sinne eindeutig festgelegt. Eine solche Behauptung mutet angesichts der jahrzehntelangen Auseinandersetzung gerade um dieses Problem nachgerade erstaunlich an. Sie ist aber auch sachlich nicht zutreffend. Es stimmt daran nur soviel, daß der gesamte Komplex der Zurechnung fremden mitwirkenden Verschuldens im deutschen Recht durch die in § 254 BGB enthaltene Verweisung auf § 278 BGB geregelt ist. Dabei ist nun aber eben eine nur entsprechende Anwendung des § 278 BGB vorgeschrieben.

5) Vgl. oben § 7 III, insbes. S. 45 ff.

6) Besonders Esser, JZ 52, 261, hat für das deutsche Recht darauf hingewiesen, daß die Hauptschwierigkeit nicht in § 254 I BGB liegt, sondern in der noch unklaren Tragweite des § 278 im Unfallrecht überhaupt.

7) Vgl. oben § 1 III.

8) Kleindienst, NJW 1960, 2032, gegenüber den rechtsvergleichenden Hinweisen Mammey's, NJW 1960, 755.

Die Problematik, der sich Rechtsprechung und Lehre gegenübersehen, liegt nun gerade in der Klärung des Umfangs und der Grenzen der entsprechenden Anwendung. Die vom Gesetzgeber angeordnete analoge Anwendung läßt nicht erkennen, wieviele und welche Voraussetzungen des § 278 BGB durch andere ersetzt werden können.⁹⁾ Da Kriterien und Toleranzen der Analogie ungewiß sind, ist durch ein Zurückgehen auf den Grundgedanken und Inhalt der beiden Normen zu ermitteln, ob die Rechtsfolgen des § 278 BGB in vollem Umfang oder nur unter bestimmten Voraussetzungen im Bereich des § 254 BGB zu übernehmen sind.

Jedenfalls ergibt sich gerade aus der Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB, daß das Problem der Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von gesetzlichen Vertretern nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist. Dann sind aber auch die Interessenlage und die Wertungsgesichtspunkte der beiden Rechtsordnungen durchaus miteinander vergleichbar.

II. Differenzierung zwischen gesetzlichen Vertretern und Hilfspersonen

Die Lösungen des amerikanischen Rechtskreises sind für die Diskussion und Auseinandersetzung im deutschen Recht unter verschiedenen Gesichtspunkten von entscheidendem Interesse.

In besonderem Maße gilt dies zunächst für einen Punkt, an dem die Erörterung im deutschen Recht sich lange festgefahren hat und erst in jüngster Zeit in Bewegung geraten ist.

Das Problem des Entstehenmüssens für fremdes mitwirkendes Verschulden ist nämlich durch die Gleichsetzung der Haftung für Handlungen von Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertretern in § 278 BGB folgenscher belastet worden. Gerade diese Gleichsetzung hat zu einem wesentlichen Teil die Schärfe der Diskussion bewirkt und dazu geführt, daß die einzelnen Gesichtspunkte für und gegen eine Zurechnung nicht immer klar auseinandergehalten wurden. Vor allem aber ist dadurch die ganze Problematik auf das zweite Teilgebiet der Haftung für Hilfspersonen abgedrängt und die Auseinandersetzung um die Zurechnung fremden mitwirkenden Verschuldens praktisch allein auf dieser Ebene geführt worden. Die Frage der Grenzen der Zurechnung des Verschuldens der gesetzlichen Vertreter wurde dagegen nur ganz am Rande behandelt und mehr oder weniger vernachlässigt, obwohl das gesamte Problem der Anwendung des § 278 BGB in § 254

9) Vgl. Gernhuber, AcP 152, 74.

BGB seinen Ausgangspunkt von der Entscheidung RGZ 62, 346¹⁰⁾ und damit aus dem Teilgebiet der gesetzlichen Vertretung genommen hatte. Die mit viel Scharfsinn gegen die Rechtsprechung und ihre einschränkende Anwendung des § 278 BGB geführten Angriffe der Literatur¹¹⁾ hatten und haben hauptsächlich zum Ziel, wenigstens im Bereich des mitwirkenden Verschuldens zu einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen seiner Hilfspersonen zu gelangen. Die Verweisung auf § 278 BGB schien die willkommene Möglichkeit zu eröffnen, die als unangemessen empfundene Norm des § 831 BGB¹²⁾ mindestens in dem Teilbereich der Selbstschädigung auszuschalten.

Unbefriedigend an dieser Beweisführung war jedoch vor allem, daß die aus dem Problemkreis der Haftung für Hilfspersonen gewonnenen Argumente für eine uneingeschränkte Anwendung des § 278 BGB in § 254 BGB meist ohne eine nähere Untersuchung auf das benachbarte Gebiet der Haftung für Handlungen gesetzlicher Vertreter übertragen wurden. Dabei weist der Problemkreis des Entstehenmüssens für Handlungen gesetzlicher Vertreter durchaus eigenständige Züge auf und kann nicht ohne weiteres mit einer Übernahme der Argumente aus dem Bereich der Hilfspersonen gelöst werden. Für beide Gebiete sind vielmehr die Kriterien einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB getrennt zu untersuchen und sind differenzierende Gesichtspunkte zu entwickeln, die der jeweiligen Teilproblematik gerecht werden.¹³⁾

Die Ansatzpunkte, die in jüngster Zeit sichtbar geworden sind, aus der Vermischung der einzelnen Konstruktionen hinauszufinden und sich für jedes Gebiet getrennt und selbständig auf die Grundlagen einer Zurechnung zu besinnen¹⁴⁾, führen allein weiter.

Besondere Ermutigung und Unterstützung, auf dem eingeschlagenen Weg fortzufahren und für jeden Teilbereich des § 278 selbständige Ansatzpunkte für eine Zurechnung zu entwickeln, findet dieses Bemühen in den Ergebnissen des nordamerikanischen Rechtskreises. Denn gerade die amerikanische Rechtsprechung hat in einer vorbildlichen Weise herausgearbeitet, daß die Gesichtspunkte für eine Zurechnung des Mitverschuldens im Eltern-Kind-Verhältnis andere sind als im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und seinen Hilfspersonen und daß im

10) Vgl. oben § 3 Anm. 33.

11) Vgl. oben § 3 II, insbes. Anm. 37 ff., 40 ff.; § 5, insbes. Anm. 69.

12) Vgl. oben § 5, Anm. 69.

13) Vgl. Esser, JZ 1952, 257.

14) Vgl. vor allem wiederum Esser, aaO., auch in seinem Schuldrecht § 64 Ziff. 7, 9; vgl. ferner Mammey, NJW 1960, 753.

Vgl. aber etwa auch die Rechtsprechung des BGH, NJW 1961, 20 (oben Anm. 62).

Rahmen einer agency andere Grundsätze gelten als in der natürlichen Beziehung zwischen Eltern und Kindern.

Auch in den Vereinigten Staaten war einmal in der New York rule die Ansicht vorherrschend, die Zurechnung des Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern richte sich nach denselben Grundsätzen wie sie in der Beziehung zwischen master und servant ein Entstehenmüssen für fremdes Verschulden rechtfertigen.¹⁵⁾ Dabei ging die amerikanische Rechtsprechung sogar noch weiter und setzte ausdrücklich die Stellung des guardian mit der eines agent gleich. Das Argument des "qui facit per alium, facit per se"¹⁶⁾, das der Terminologie der agency entnommen ist, wurde auch im Eltern-Kind-Verhältnis als geeigneter Grund für eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens angesehen.

In einer immer weiter an Überzeugungskraft gewinnenden Rechtsprechung ist dann aber diese Gleichsetzung zwischen "guardianship" und "agency" aufgegeben worden. Stattdessen sind die Unterschiede zwischen den beiden Bereichen hervorgehoben worden, die es verbieten, im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern die gleichen Gesichtspunkte für eine Zurechnung zu verwerten, die im Bereich der agency ein Entstehenmüssen für Handlungen der Hilfspersonen begründet erscheinen lassen.

Immer wieder haben die Gerichte betont, die Beziehung zwischen Eltern und Kindern unterliege als "guardianship" einer ganz anderen rechtlichen Beurteilung als die agency.¹⁷⁾ Im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern fehle es im Gegensatz zur agency an jedem Grund, der eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens der Eltern gegenüber dem Kind rechtfertigen könnte.

Einmal beruhe die agency auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, die beide Parteien, insbesondere der master, aus freiem Entschluß eingingen. Demgegenüber seien Eltern und Kinder durch ein natürliches Band miteinander verbunden, auch hätten die Kinder keine Möglichkeit, sich die Eltern auf ihre Zuverlässigkeit hin auszusuchen.

Vor allem aber könne das Kind keinen Einfluß auf das Verhalten seiner Eltern ausüben, es sei vielmehr verpflichtet, sich nach den Weisungen seiner Eltern zu richten und sich auf deren verständiges Verhalten zu verlassen. Damit ent falle aber der eigentliche Grund, der im Bereich der agency das Entstehenmüssen des masters für schuldhaftes Handeln des servant rechtfertige, daß nämlich der servant der Kontrolle des master unterliegt und seinen Weisungen

15) Vgl. oben § 9, Anm. 87 ff.

16) Vgl. oben § 13 I, Anm. 154.

17) Vgl. oben § 13.

unterworfen ist. Das Risiko der Haftung des Geschäftsherrn für das schuldhafte Handeln von Personen, die für ihn im Rechtsverkehr auftreten, ist nur im Rahmen des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses begründet, indem der master jederzeit die Kontrolle über das Verhalten seiner Hilfspersonen ausüben und die Hilfspersonen bei Unzuverlässigkeit auch wieder entlassen kann.

Infolge dieser wesentlichen Unterschiede ist es für das amerikanische Recht selbstverständlich, die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nicht mit einer agency gleichzusetzen.

Diese überzeugende Differenzierung zwischen den Bereichen der Haftung von Hilfspersonen und Aufsichtspersonen bedeutet für das deutsche Recht eine Anregung, die vorhandenen Ansatzpunkte für eine jeweils getrennte Untersuchung der Kriterien einer Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens in den beiden Bereichen weiter auszubauen. Die Gesichtspunkte für die Zurechnung des Verschuldens der gesetzlichen Vertreter können dabei nicht aus dem Bereich der Haftung für Hilfspersonen entnommen werden, sondern müssen selbständig durch eine Besinnung auf die diesem Gebiet eigene Problematik ermittelt werden.

III. Die Gleichbehandlung

Wie notwendig eine Differenzierung der beiden Fallgruppen ist, zeigt sich deutlich an den Konsequenzen, zu denen eine unterschiedslose Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB führt und vor denen auch ein großer Teil der Lehre ¹⁸⁾ nicht zurückschreckt.

Läßt sich nämlich für Hilfspersonen noch mit einigermaßen einleuchtenden Erwägungen über § 278 BGB statt § 831 BGB ein unbedingtes Entstehen für deren Handlungen auch im Bereich der Selbstschädigung rechtfertigen, so bedeutet die uneingeschränkte Anwendung des § 278 BGB auf mitwirkendes Verschulden der gesetzlichen Vertreter, daß minderjährige Kinder praktisch für die Aufsichtspflichtverletzung ihrer Eltern haftpflichtig gemacht werden, obwohl für den umgekehrten Bereich der Haftung der Grundsatz gilt, an dem bisher noch nicht gezweifelt wurde und an dem auch nicht zu rütteln ist: Natürliche Personen haften grundsätzlich nicht für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter. ¹⁹⁾

18) Ausdrücklich vor allem Kleindienst, JZ 1957, 462 und NJW 1960, 2030: meist wird diese Forderung allerdings nicht expressis verbis, sondern nur im Hinblick auf Hilfspersonen erhoben und dann auf das benachbarte Gebiet der gesetzlichen Vertreter übertragen.

19) Vgl. BGHZ 1, 248, 251 mit dem Zusatz: "Dieser Satz gilt schlechthin". BGH NJW 1961, 20 = JZ 1962, 283 mit Anm. Zeiss 285; Esser JZ 1952, 260: "Eine Deliktshaftung natürlicher Personen für ihre gesetzlichen Vertreter verständigerweise schon im Prinzip ab(zu)lehnen"; JZ 1953, 692; Schuldrecht § 64, 9; Motive II, 31.

Demgegenüber ist der Rechtsprechung, die seit Anfang an ²⁰⁾ bis in die jüngste Zeit ²¹⁾ gerade zur Vermeidung eines solchen Ergebnisses den § 278 BGB nicht in vollem Umfang auf § 254 BGB angewendet hat, im Prinzip recht zu geben.

Das Reichsgericht hat der Verweisung des § 254 BGB auf § 278 BGB den Grundsatz entnommen, der Geschädigte müsse auch im Bereich des mitwirkenden Verschuldens für Handlungen seiner Hilfspersonen und gesetzlichen Vertreter ebenso einstehen wie im aktiven Haftungsbereich. In dieser ausgeprägten Form ist der Grundgedanke allerdings nur selten hervorgehoben worden. Er liegt jedoch schon der ersten Entscheidung RGZ 62, 346 zu Grunde, wenn dort betont wird: Während § 254 BGB sich auf alle Schadensersatzverpflichtungen beziehe, begründe § 278 BGB eine unbedingte Haftung für Erfüllungsgehilfen und gesetzliche Vertreter nur, wenn diese in Erfüllung einer Verbindlichkeit gehandelt hätten, was ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetze. Dies müsse auch bei einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB gelten. Denn eine uneingeschränkte Anwendung des § 278 BGB auf alle Fälle eines mitwirkenden Verschuldens dieser Personen würde zu einer auffallenden Ungleichheit zu Ungunsten des Beschädigten führen, da auf der Seite des Schädigers für das Gebiet der unerlaubten Handlungen der Geschäftsherr oder Vertretene für ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters gar nicht, für Handlungen seiner Hilfspersonen nur in den Grenzen des § 831 BGB mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises einstehen müßte, während der Beschädigte über § 278 BGB dann auch im Bereich der unerlaubten Handlungen für die Versehen dieser Personen unbedingt einzutreten hätte.

Der gleiche Grundgedanke hat kurze Zeit später die Rechtsprechung konsequenterweise zu einer entsprechenden Anwendung des § 831 BGB im Rahmen des § 254 BGB veranlaßt. ²²⁾

Die Rechtsprechung hat mit diesem Grundsatz der Gleichbehandlung von Schädiger und Beschädigtem, wie er später abkürzend meist gekennzeichnet wurde, die entscheidende Grenze für die Zurechnung fremden mitwirkenden Verschuldens gefunden. Es ist kein Grund ersichtlich, daß man im Bereich der Selbstschädigung für fremdes Verschulden in schärferem Maße einstehen soll als im positiven Haftungsrecht. Der Rechtsprechung ist lediglich vorzuwerfen, daß sie

20) Seit RGZ 62, 346.

21) BGH NJW 1961, 20.

22) Seit RGZ 77, 211 ständige Rechtsprechung (vgl. oben § 3 Anm. 41). Die entsprechende Anwendung des § 831 BGB ist zwar im Gesetz nicht vorgesehen und deshalb von einem großen Teil der Lehre auch mißbilligt worden, ist aber von dem Grundgedanken der Rechtsprechung her zu billigen.

diesen tragenden Grundsatz nur selten klar hervorgehoben hat, sondern meist auf das Vorliegen einer Verbindlichkeit oder sogar etwas "einer Verbindlichkeit Ähnliches" ²³⁾ abgestellt hat. Der einschränkenden Anwendung des § 278 BGB durch die Rechtsprechung liegt aber damit ein sehr vernünftiger Kern und auch ein dogmatisch durchaus zu rechtfertigender Gedanke zu Grunde.

Die mit Elan geführten Angriffe der Literatur ²⁴⁾ gegen diese Gleichbehandlungstheorie der Rechtsprechung haben daher ²⁵⁾ die Kraft ihrer Argumente bei weitem überschätzt und können gerade in diesem Punkt nicht überzeugen.

Zwar ist durchaus zuzugeben, was die Rechtsprechung auch bereitwillig eingeräumt hat ²⁶⁾, daß die Verweisung auf § 278 BGB verschiedene Auslegungsmöglichkeiten offen läßt. Rein sprachlich und logisch hat auch die Beweisführung viel für sich, bei einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB müsse eben an die Stelle der Verbindlichkeit die "Verpflichtung gegen sich selbst" treten, sich vor Schaden zu bewahren, und müsse man daher im Rahmen des § 254 BGB das Verschulden der in § 278 BGB genannten Personen ganz allgemein gegen sich gelten lassen. ²⁷⁾

Nichts hindert aber die Rechtsprechung, noch weitere Elemente des § 278 BGB bei der entsprechenden Anwendung zu übernehmen. Die vom Gesetzgeber angeordnete Verweisung läßt nicht erkennen, wie viele Voraussetzungen des § 278 BGB ersetzt werden können. ²⁸⁾

Alle mehr oder weniger scharfsinnigen Angriffe der Lehre übersehen den Grundgedanken der Rechtsprechung, die Anwendung des § 278 BGB so weit einzuschränken, daß nicht im Bereich des mitwirkenden Verschuldens für Handlungen dieser Personen schärfer gehaftet wird als im eigentlichen Haftungsrecht. Dort aber setzt die Haftung für Hilfspersonen und gesetzliche Vertreter nach § 278 BGB eben ein besonderes Pflichtengebot voraus. ²⁹⁾

23) Seit RGZ 75, 257 ständig wiederkehrende Formel (vgl. oben § 3 Anm. 36).

24) Vgl. für die Zeit des RG die Nachweise oben Anm. 37; in jüngerer Zeit vor allem Kleindienst, JZ 1957, 457, 461: "Gleichbehandlungstheorie verdient schärfsten Widerspruch"; Lange, NJW 1953, 967.

25) Wie Gernhuber, AcP 152, 74 mit Recht bemerkt hat.

26) Vgl. BGHZ 1, 248, 251.

27) So statt vieler Kleindienst, NJW 1960, 2030; Werner in Staudinger, BGB § 254 Rn. 61.

28) Vgl. Gernhuber, AcP 152, 74.

29) Vgl. vor allem Esser, JZ 1952, 257 und JZ 1953, 692, dessen Versuch, die Rechtsprechung auf solide dogmatische Grundlagen zurückzuführen und von der Voraussetzung der Verbindlichkeit zu lösen, unausgesprochen die Gleichbehandlungstheorie zugrundeliegt.

Der Kritik ist jedoch darin recht zu geben, daß die Rechtsprechung nicht immer auf diesen eigentlich entscheidenden Gesichtspunkt abgehoben hat. Wenn man nämlich mit der Rechtsprechung ³⁰⁾ die Bewahrung vor eigener Schädigung als ein Gebot des eigenen Interesses, als eine Obliegenheit ³¹⁾ und nicht als eine echte Verpflichtung dem Schädiger gegenüber wertet, dann ist es zumindest widersprüchlich, die Anwendung des § 278 BGB in § 254 BGB von dem Vorliegen einer Verbindlichkeit abhängig zu machen. Hier liegt der wunde Punkt ³²⁾ der Beweisführung der Rechtsprechung. Vor allem ist sie sich selbst nicht im klaren, ob sie im Rahmen der von ihr geforderten Sonderbeziehung die Obliegenheit, sich vor Schaden zu bewahren oder den Schaden zu mindern, in eine echte Pflicht gegenüber dem Gläubiger umschlagen läßt. ³³⁾ Soweit sie dies tut ³⁴⁾, ist ihr eine gewisse Inkonsequenz vorzuwerfen. ³⁵⁾ Ein Verstoß gegen die Verbote des eigenen Interesses wird grundsätzlich auch im Rahmen einer Sonderbe-

30) Vgl. etwa BGHZ 3, 46, 49; besonders deutlich BGH NJW 1961, 20; vgl. auch allgemein oben § 2 Anm. 23; anders im Sinne einer echten Pflicht dem Gläubiger gegenüber vor allem Werner in Staudinger, BGB § 254 Rn. 27; Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960 S. 102; nicht ganz einheitlich Esser, Schuldrecht § 64 I 3d.

31) Vgl. dazu vor allem BGH NJW 1961, 20; Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953, und in Soergel-Siebert, BGB § 254 Rn. 20.

32) So Gernhuber, AcP 152, 74.

33) So führt einerseits BGHZ 3, 46, 51 aus, bei einer schuldrechtlichen Beziehung der Beteiligten stelle das gesamte, dem Schuldner in Ansehung der Erfüllung obliegende Sorgfaltsverhalten, auch soweit es ein Gebot des eigenen Interesses ist, eine Erfüllungshandlung dar. Ähnlich nimmt offenbar auch BGHZ 24, 325, 328 eine echte Rechtspflicht aus dem Beförderungsvertrag an, sich vor Schaden zu bewahren (zustimmend Böhmer, NJW 1961, 62). Das gleiche gilt von den Entscheidungen zu § 254 Abs. 2 (vgl. oben § 3 Anm. 44), wo die Rechtsprechung eine echte Verbindlichkeit annimmt, nach Entstehung eines Schadens den Schaden zu mindern. Demgegenüber vgl. aber die Entscheidung BGH NJW 1961, 20, welche auch die Schadensminderungspflicht lediglich als eine Obliegenheit wertet, und die Nachweise Kleindienst's, NJW 1960, 2029, JZ 1957, 460, wonach die Rechtsprechung früher nur auf das Zusammentreffen von Erfüllungshandlung und Obliegenheitsverletzung abgestellt hat und einen Verstoß gegen das Verbot des eigenen Interesses auch im Rahmen eines Schuldverhältnisses nicht als echte Verletzung einer Verbindlichkeit gewertet hat.

34) Vgl. die vorige Anm.

35) Vgl. Gernhuber, AcP 152, 74; Kleindienst, JZ 1957, 460; NJW 1960, 2029; vor allem auch Lange, NJW 1953, 968 f.

ziehung nicht zu der Verletzung einer echten Leistungspflicht. ³⁶⁾

Im Grunde sollte daher die Rechtsprechung nicht so sehr auf den Begriff der Verbindlichkeit abheben, sondern auf das ihrem Gedankengang viel mehr entsprechende Kriterium des bestehenden Schuldverhältnisses. ³⁷⁾ Ein solches Schuldverhältnis ist im Rahmen des § 254 BGB auch keine funktionslose Abstraktion ³⁸⁾, wenn man nur die ihm zu Grunde liegende besondere Pflichtensituation stärker betont.

Auch die anderen Angriffe gegen die Gleichbehandlung können sie in ihrem eigentlichen Kern nicht treffen. ³⁹⁾

Soweit die Sphärentheorie ⁴⁰⁾ der Rechtsprechung vorwirft, sie lasse den Schädiger unter Umständen auch noch für die Handlungen der Hilfspersonen des Beschädigten eintreten, ist ihr eine gewisse Berechtigung für den Bereich der Haftung für Hilfspersonen einzuräumen, nicht aber für den Bereich der gesetzlichen Vertreter. ⁴¹⁾

Vor allem aber ist der Versuch nicht überzeugend ⁴²⁾, jede Beziehung zwischen der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens und der Haftung für Handlungen gesetzlicher Vertreter zu leugnen. Die Begründung, der Verstoß gegen die Gebote des eigenen Interesses sei gleichermaßen vom Tatbestand einer unerlaubten Handlung wie einer Vertragsverletzung unabhängig und sei etwas prinzipiell anderes, geht an dem eigentlichen Problem vorbei. Es geht nämlich nicht um die Bedeutung des Eigenverschuldens, sondern um die Zurechnung fremden Verschuldens.

36) So vor allem Lange, NJW 1953, 968.

Der Versuchung einer solchen Annahme ist das RG auch in seiner grundlegenden Entscheidung RGZ 62, 346 nicht erlegen, obwohl es diese Möglichkeit ausdrücklich erwogen hatte.

37) Nach Gernhuber, AcP 152, 73 weicht die Rechtsprechung keinen Fußbreit, wenn man ihr das Erfordernis des bestehenden Schuldverhältnisses aus den Händen winden will.

38) So Kleindienst, NJW 1960, 2029, 2030.

39) Soweit die Gleichbehandlung mit der mangelnden Unterscheidung zwischen § 254 Abs. 1 und 2 BGB angegriffen wird, ist weiter unten noch Stellung zu nehmen.

40) Lange, NJW 1953, 967; ähnlich auch Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse § 16 II.

41) Genauso ungerecht ist es aber, daß sich der Beschädigte ein Verschulden von Personen zurechnen lassen muß, für die er normalerweise gar nicht einstehen müßte.

42) So Kleindienst, NJW 1960, 2030.

Mit der Verweisung auf § 278 BGB ist gerade eine Norm angesprochen, die dem aktiven Haftungsbereich entnommen ist. Auch der Tatbestand des § 832 BGB läßt deutlich werden, daß die Aufsichtspflichtverletzung der Eltern sehr wohl eine Art unerlaubte Handlung gegenüber Dritten darstellt, die zum Ersatz verpflichtet. Schließlich läßt es sich nicht leugnen, daß ein verletztes Kind über die Zurechnung des Aufsichtsverschuldens seines gesetzlichen Vertreters praktisch doch für die schuldhafte Handlung seines gesetzlichen Vertreters eintreten muß, was eben mit dem zu Beginn dieses Abschnitts hervorgehobenen Rechtsgrundsatz nicht vereinbar ist. Gerade bei der Verletzung eines Kindes bedeutet doch augenfällig die Versagung eines Ersatzanspruchs praktisch eine Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters.

Insgesamt erstaunt es, daß die Gleichbehandlungstheorie der Rechtsprechung, der ein durchaus berechtigter und anerkennenswerter Grundsatz zugrunde liegt, daß nämlich das Entstehen für fremdes Verschulden im Bereich der Selbstschädigung nicht weiter gehen darf als im Bereich des positiven Haftungsrechts, im deutschen Recht so wenig beachtet worden ist.⁴³⁾ Denn auch im deutschen Recht ist das Entstehenmüssen für fremdes Mitverschulden ein Spiegelbild der aktiven Haftung.⁴⁴⁾

Die deutsche Rechtsprechung befindet sich daher grundsätzlich auf dem richtigen Weg, wenn sie an dem Gedanken der Gleichbehandlung zwischen Schädiger und Beschädigtem festhält und damit versucht, das Entstehenmüssen für fremdes Verschulden im Bereich des § 254 BGB in Beziehung zu setzen zu der Haftung für fremdes Verschulden im positiven Haftungsrecht. Wenn das gesamte Schadensersatzrecht grundsätzlich von der Verschuldenshaftung ausgeht und konsequenterweise auch in der Selbstschädigung das Verschulden als Zurechnungsmoment festgesetzt ist, ist kein Grund ersichtlich, die Grenzen des Entstehenmüssens für fremdes Verschulden hier anders zu ziehen als im normalen Haftungsrecht.⁴⁵⁾ Grenze einer Zurechnung fremden mitwirkenden Verschuldens

43) Hervorgehoben wird die Bedeutung dieses Grundsatzes besonders von Mammey, NJW 1960, 753; Zeiss Anm. JZ 1962, 286; Röttemann Anm. MDR 1956, 537; unausgesprochen liegt er besonders den Ausführungen Essers zu Grunde.

44) So vor allem Röttemann, MDR 1956, 537; ähnlich Esser, JZ 1952, 259.

45) Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Gesetzgeber für das aktive Haftungsrecht und für den Bereich der Selbstschädigung das Verschulden als Zurechnungsmoment aufgibt (vgl. Gernhuber, AcP 152, 78, der die Grundentscheidung des § 254 BGB mißbilligt und durch die Gefährdungshaftung ersetzen will).

ist und bleibt daher der Bereich, in dem man auch im eigentlichen Haftungsrecht für das Verschulden fremder Personen eintreten muß. Ein anderes stichhaltiges Kriterium hat auch die Literatur nicht aufzeigen können. Um im einzelnen die Grenzen der Zurechnung des Entstehens für ein mitwirkendes Verschulden gesetzlicher Vertreter zu ermitteln, sind daher nur noch die Rechtsgebiete aufzuzeigen, in denen auch eine Haftung für gesetzliche Vertreter im positiven Schadensersatzrecht angemessen erscheint.

Ermutung, in dieser Richtung fortzufahren und den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht aufzugeben, findet die deutsche Rechtsprechung von den Ergebnissen des amerikanischen Rechtskreises her. Dort gilt seit mehreren Jahrzehnten unangefochten der Grundsatz des "both-ways-test" ⁴⁶⁾, wonach eine Zurechnung fremden Verschuldens nur dann zulässig ist, wenn eine Rechtsbeziehung vorliegt, in der umgekehrt im positiven Haftungsrecht der Beschädigte ebenfalls für die Handlung der anderen Person haften müßte. ⁴⁷⁾ Da das amerikanische Recht ganz allgemein die Haftung des Kindes für Handlungen der Aufsichtsperson für abwegig hält ⁴⁸⁾, insbesondere auch die Annahme einer agency im Eltern-Kind-Verhältnis zurückgewiesen hat ⁴⁹⁾, ist damit grundsätzlich auch die Zurechnung des Aufsichtverschuldens gegenüber dem Kind ausgeschlossen.

IV. Die besondere Rechtsstellung des minderjährigen Kindes

1. Bei dem Versuch, nun im einzelnen die Kriterien und Grenzen herauszuarbeiten, jenseits deren eine Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens der gesetzlichen Vertreter gegenüber kleinen Kindern nicht mehr zulässig erscheint, ist in erster Linie von der besonderen Situation des verletzten Kindes auszugehen. Als vordringliche Aufgabe sollte die Rechtsordnung grundsätzlich gewährleisten, daß das verletzte Kind in vollem Umfang Ersatz seines Schadens erlangt und ganz geheilt wird. Diese besondere Schutzbedürftigkeit des Kindes ist in der Diskussion des deutschen Rechts um die entsprechende Anwendung des § 278 ganz außerordentlich vernachlässigt worden und verdient in wesentlich

46) Vgl. oben § 13 II, bes. Anm. 157 ff. und Anm. 408.

47) Die Kritik an dem both-ways-test richtet sich nur dagegen, daß in allen Fällen der Ausdehnung einer aktiven Haftung auch sofort eine Zurechnung nachfolgt; der both-ways-test als äußerste Grenze einer Zurechnung wird nicht angezweifelt (vgl. oben Anm. 408).

48) Vgl. oben § 13 III, 4.

49) Vgl. oben § 13 III, V.

stärkerem Umfang wieder betont zu werden.

Besonders deutlich zeigt sich die geringe Aufmerksamkeit, welche die Lehre im deutschen Recht diesem Gesichtspunkt widmet, bei einem Vergleich mit dem amerikanischen Recht. Dort wird gerade die besondere Schutzbedürftigkeit des Kindes als ein wesentlicher Grund gegen eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens ins Feld geführt. Immer wieder haben die Gerichtsentscheidungen hervorgehoben, "besondere Aufgabe des Rechts sei es, das Kind zu schützen⁵⁰⁾, das Kind vor einer Beraubung seiner Rechte und vor jedem Mißbrauch seiner Eltern zu bewahren⁵¹⁾. Kinder seien besonders Gegenstand des Rechtsschutzes, und es sei vernünftig, ein Kind in allen Bereichen zu fördern, es aber durch nichts zu benachteiligen⁵²⁾; wenn das Recht schon keine Liebe gegenüber dem Kind erzwingen könne, so könne es das Kind doch wenigstens vor fahrlässigen Handlungen Dritter bewahren."⁵³⁾

Es mag sein, daß das nordamerikanische Recht grundsätzlich die Rechte des Individuums höher bewertet und das Prinzip der Freiheit und der Unabhängigkeit der Rechte des einzelnen noch stärker betont. Zugleich macht es deshalb auch die Rechte des einzelnen in ganz anderem Umfang von seiner eigenen Umsicht und Sorgfalt abhängig⁵⁴⁾, ist aber auch ganz allgemein gegenüber einer Zurechnung fremden Verschuldens besonders mißtrauisch. Jedoch gilt auch in Deutschland eine freiheitliche Rechtsordnung und betont das Grundgesetz die Freiheitsrechte des einzelnen. Vor allem aber ist längst in den Bestimmungen der §§ 104 ff., 827 ff. BGB der gleiche Gedanke verwirklicht. Auch hier nimmt das Recht auf die besondere Situation des Minderjährigen Rücksicht und läßt ihm grundsätzlich Schutz und Hilfe angedeihen.

Die besondere Schutzbedürftigkeit der Minderjährigen wird nun erstaunlicherweise gerade im Bereich der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB in § 254 BGB weitgehend vernachlässigt.⁵⁵⁾ Das deutsche Recht betrachtet offenbar den Problemkreis unter einem anderen Blickwinkel als das amerikanische Recht.⁵⁶⁾

50) Vgl. etwa die Entscheidungen oben Anm. 108, 210, 219.

51) Oben Anm. 108, 236.

52) Oben Anm. 107.

53) Oben Anm. 208.

54) Dies wird besonders deutlich in der Regelung der contributory negligence. Vgl. oben § 7 und vor allem Anm. 240.

55) In jüngster Zeit betonen vor allem Esser, JZ 1952, 260; Zeiss, JZ 1962, 286; Pienitz, Der Minderjährige im Haftpflichtrecht, S. 118 ff., die Schutzfunktion der §§ 827 ff. BGB zugunsten des Minderjährigen.

56) Auch hier wieder ist dies wesentlich auf die Gleichstellung der gesetzlichen Vertreter und Hilfspersonen zurückzuführen, wobei das Hauptgewicht auf dem zweiten Bereich liegt (vgl. oben II).

Die Erörterung des Problemkreises im deutschen Recht ist weitgehend nicht darauf ausgerichtet, den Schaden des verletzten Kindes wiedergutzumachen, sondern vielmehr gerade umgekehrt darauf, geeignete Gesichtspunkte zu finden, um den Schädiger möglichst von einer Haftung freizustellen.⁵⁷⁾

Gerade bei der Verletzung eines Kindes ist aber nicht der Gesichtspunkt der Entlastung des Schädigers entscheidend, sondern ist es vordringliche Aufgabe der Rechtsordnung, seinen Schaden zunächst wiedergutzumachen.

Aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes folgt, daß die Zurechnung fremden Verschuldens grundsätzlich als eine Ausnahme zu werten und auf den unbedingt notwendigen Bereich zu beschränken ist. Auch insofern ist die einschränkende Rechtsprechung zu billigen und verdienen die Stimmen im deutschen Recht grundsätzlich Zustimmung, die in jüngster Zeit auf die besondere Bedeutung der §§ 827 ff. BGB und die daraus folgende Schutzbedürftigkeit des Kindes hingewiesen haben.⁵⁸⁾

2. Der Gesichtspunkt der Wiedergutmachung des Schadens des Kindes kommt im amerikanischen Recht besonders klar in der Gegenüberstellung der Ansprüche des Kindes aus seinem eigenen Recht zum Ausdruck, die durch das Verschulden der Eltern grundsätzlich nicht berührt werden⁵⁹⁾, und den Ansprüchen der Eltern aus deren Rechtskreis, bei denen ihr eigenes Verschulden im allgemeinen einen Ersatzanspruch ausschließt.⁶⁰⁾

Bei dieser unterschiedlichen Beurteilung spielt die Schutzbedürftigkeit des Kindes eine wesentliche Rolle, die es verbietet, zum Nachteil seines persönlichen Ersatzanspruchs eine Zurechnung vorzunehmen. Dieser Gedanke ist auch für das deutsche Recht fruchtbar⁶¹⁾, das im übrigen, dogmatisch richtig,

57) Gernhuber, AcP 152, 77 ff. fordert aus dem Gesichtspunkt der Sachzuständigkeit die Geltung der Unfall- oder Gefährdungshaftung im Bereich der Selbstschädigung. Lange, NJW 1953, 967 begründet mit der Sphärentheorie die Haftung für alle Personen im Rechtskreis des Betroffenen. Kleindienst, Der Bewahrungsgehilfe, 1956 und NJW 1960, 2030, JZ 1957, 457 ff. begründet mit dem Institut des Bewahrungsgehilfen ebenfalls ein Entstehen für alle Personen, die eine Obliegenheit des Geschädigten wahrnehmen.

58) Vgl. oben Anm. 55.

59) Vgl. vor allem oben § 15 I.

60) Vgl. oben § 18.

Diese Unterscheidung zieht sich durch einen großen Teil der Entscheidungen. Immer wieder wird der Gegensatz zwischen den Ansprüchen des Kindes und denen der Eltern hervorgehoben.

61) Das OLG Celle betont in NJW 1962, 51 den besonderen Charakter des Anspruchs aus eigenem Recht.

bei Ansprüchen der Eltern aus eigenem Recht das Problem der Zurechnung nicht untersucht. ⁶²⁾

3. Die vordringliche Aufgabe der Rechtsordnung, den Schaden des Kindes wiedergutzumachen, folgt noch aus einem weiteren Grundsatz, den besonders die Rechtsprechung in zutreffender Weise hervorgehoben hat. Jedenfalls auf dem Gebiet der unerlaubten Handlungen gilt der Grundsatz, der in § 840 BGB enthalten ist, daß jeder, der in verantwortlicher Weise eine adäquate Bedingung für den Schaden gesetzt hat, den ganzen Schaden ersetzen muß. ⁶³⁾ Bei unerlaubten Handlungen kann daher der Ersatzpflichtige dem Geschädigten nicht entgegenhalten, daß am Zustandekommen der Verletzung noch das Verhalten eines Dritten ursächlich war. ⁶⁴⁾

Grenze einer Zurechnung des Verschuldens des gesetzlichen Vertreters ist daher zumindest das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Mit Recht weist der BGH ⁶⁵⁾ darauf hin, wie wichtig es dort für den persönlich schuldlos Geschädigten ist, daß er zunächst einmal Ersatz bekommt und sich die Stelle, wo er sich wegen seines Schadens erholen will, selbst aussuchen und beim Vorhandensein mehrerer Schädiger frei wählen kann, wen er in Anspruch nehmen will. Es sei ein Grundzug des Rechts der unerlaubten Handlungen, daß ein Schädiger nicht deshalb entlastet wird, weil noch ein anderer schuldhaft zum Unfall beigetragen hat, sondern daß der Geschädigte bei mehreren Schädigern in vollem Umfang dort Ersatz erlangen kann, wo er will.

Es besteht kein Grund, dieses Gesamtschuldprinzip im Falle der Verletzung eines Kindes einzuschränken, wenn die Mitursache des Unfalls die nichtgehörige Aufsicht war. ⁶⁶⁾

Das Gesamtschuldprinzip kommt allerdings dann nicht zum Zuge, wenn das Verschulden einer Person aus dem Rechtskreis des Beschädigten zu dem Unfall beigetragen hat, so daß praktisch eine Haftungseinheit besteht. Gerade auf dem Gebiet der unerlaubten Handlungen, wo Grundlage und Grenze der Haftung die persönliche Verantwortlichkeit bildet, ist kein Zurechnungsgesichtspunkt erkennbar, der eine Identifizierung des Handelns des gesetzlichen Vertreters mit dem des Kindes rechtfertigen könnte. ⁶⁷⁾ Auch aus diesem Grunde ist die entsprechende An-

62) Vgl. oben Anm. 487.

63) Vgl. Kleindienst, JZ 1957, 458.

64) Vgl. RGZ 159, 283, 292 mit dem Zusatz: "Dieser Satz gilt schlechthin"; OLG Celle, NJW 1962, 51. Vgl. auch Mammey, NJW 1960, 754.

65) BGHZ 1, 248, 251.

66) Besonders deutlich RGZ 159, 283, 292.

67) Anders vor allem Lange, NJW 1953, 968, 970; Kleindienst, JZ 1957, 458.

wendung des § 278 BGB in § 254 BGB, jedenfalls für das Gebiet der unerlaubten Handlungen, abzulehnen. Der Schädiger soll gerade nicht dem Beschädigten unmittelbar die Mitverursachung durch das Aufsichtsverschulden entgegenhalten können. Er ist vielmehr auf einen Rückgriff gegen die aufsichtspflichtige Person angewiesen. 68)

Ein Vergleich mit dem amerikanischen Recht zeigt, daß gerade dieser Gesichtspunkt in den Entscheidungen gegen eine Zurechnung eine wesentliche Rolle gespielt hat. Nach der Überzeugung der amerikanischen Gerichte kann es nicht richtig sein, daß das Kind bei der Verletzung durch eine Person einen Ersatzanspruch erhält, daß sich aber bei der Verletzung durch zwei Personen diese Ansprüche gegenseitig aufheben. 69) Wer einem Kind schuldhaft einen Schaden zugefügt habe, dürfe sich nicht auf die zusätzliche Aufsichtspflichtverletzung der Eltern berufen, um selbst einer Haftung zu entgehen. 70) Es sei kein Grund vorhanden, daß ein positives Unrecht ungesühnt bleiben solle, nur weil noch zusätzlich ein passives nachlässiges Verhalten der Aufsichtsperson hinzukomme. 71)

V. Die Billigkeit

Die Berufung auf das Rechtsgefühl und Grundsätze der Billigkeit und Gerechtigkeit ist zwar ein verhältnismäßig zweifelhaftes Argument bei der Lösung einer Rechtsfrage. 72) Trotzdem spielt gerade die Lehre im deutschen Recht nicht selten auf diesen Gesichtspunkt an 73), um die uneingeschränkte Anwendung des § 278 BGB in § 254 BGB zu begründen.

Die Relativität dieses Maßstabes wird der deutschen Lehre besonders deutlich vor Augen geführt, wenn man sich die Begründung der nordamerikanischen

68) Besonders deutlich OLG Celle, NJW 1962, 51.

69) Vgl. etwa die Entscheidungen ob. Anm. 108, 209, 210, 212, 214 usw.

70) Vgl. oben Anm. 208.

71) Vgl. oben Anm. 200.

72) Vgl. Gernhuber, AcP 152, 75.

73) Vgl. Ennecerus-Lehmann, Schuldrecht § 16 II: "verschärft unerträglich die Haftung des Schädigers"; Werner in Staudinger, BGB § 254 Rn. 62, 67: "Unbilligkeit des konstruktiven Ergebnisses der Rechtsprechung"; Lange, NJW 1953, 968: "Haupteinwand aus der Gerechtigkeitsidee heraus"; Josef, Thür. Bl. 61, 175: "Verstoß gegen das Rechtsgefühl"; Staks, JZ 1955, 606: "völlig untragbare Differenzierung". Umgekehrt hält z. B. Böhmer, NJW 1961, 62, RdK 1955, 145 die Ergebnisse der Rechtsprechung für billig.

Entscheidungen ansieht. Dort ist nämlich gerade der Gesichtspunkt der Billigkeit und Gerechtigkeit der wesentliche Grund für eine Ablehnung der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens. Nach Ansicht der Gerichte schlägt eine Zurechnung "den natürlichen Instinkten ins Gesicht" ⁷⁴⁾, "sucht sie die Kinder mit den Sünden der Väter in einer Weise heim, wie sie nicht in den zehn Geboten vorgesehen ist" ⁷⁵⁾, ist sie "hart und unvereinbar mit der Gerechtigkeit" ⁷⁶⁾, ist sie "die alte Doktrin, daß die Kinder stumpfe Zähne bekommen, weil der Vater saure Trauben gegessen hat" ⁷⁷⁾ und gilt die Zurechnung ganz allgemein als eine "Anomalie" im common law. ⁷⁸⁾

Die so entgegengesetzte Auffassung darüber, was recht und billig ist, gibt immerhin zu bedenken, ob nicht das deutsche Recht bei der Ermittlung der Grenzen der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes und der vordringlichen Wiedergutmachung seines Schadens zu wenig Beachtung geschenkt hat.

VI. Handeln in gesetzlicher Vertretung

Bei der weiteren Besinnung auf Kriterien für die Zurechnung des Verschuldens gesetzlicher Vertreter ist ein Vergleich mit den Lösungen des amerikanischen Rechts nur bedingt möglich. Denn das common law verwirklicht den Schutz des unmündigen Kindes nicht mit der Konstruktion einer allgemeinen gesetzlichen Vertretung, sondern in einzelnen notwendigen Bereichen über das Institut des trust ⁷⁹⁾. Die Eltern können sich grundsätzlich nicht allgemein rechtswirksam für ihr Kind verhalten, ihnen steht vielmehr als "natural guardians" nur die Sorge für die Person des Kindes zu. ⁸⁰⁾ Auch wenn ihnen ausnahmsweise einmal eine Verfügungsbefugnis über einzelne Vermögensrechte des Kindes eingeräumt ist, so handeln sie auch dann nicht im Namen des Kindes oder verpflichten das Kind, sondern handeln als Treuhänder im eigenen Namen und verpflichten lediglich sich selbst. ⁸¹⁾ Vom deutschen Recht her gesehen ist besonders bemerkenswert,

74) Vgl. oben Anm. 200.

75) Vgl. oben Anm. 203.

76) Vgl. oben Anm. 108, 204, 205, 224.

77) Vgl. oben Anm. 204.

78) Vgl. oben Anm. 210, 219.

79) Vgl. Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 166, und oben § 13 IV, S. 85 ff.

80) Vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 167 und oben S. 85 ff.

81) Vgl. oben S. 86 f.

wie sehr im Bereich der "guardianship" die Schutz- und Fürsorgepflichten der Eltern im Interesse des Kindes im Vordergrund stehen. Den Eltern ist grundsätzlich verwehrt, auch nur ein einziges der Rechte des Kindes aufzugeben⁸²⁾, eine Haftung des Mündels für Handlungen des guardian ist völlig ausgeschlossen⁸³⁾; damit entfällt auch die Möglichkeit einer Zurechnung des Aufsichtsverschuldens.

Lediglich dieser Fürsorge- und Schutzgedanke der "guardianship" ist für das deutsche Recht besonders beachtenswert, denn schließlich dient auch die Einrichtung der gesetzlichen Vertretung zum Schutz der Unmündigen im Privatrecht.⁸⁴⁾ Im übrigen sind aber die Grenzen der Zurechnung des Verschuldens gesetzlicher Vertreter für das deutsche Recht selbständig aus dem Sinn und Inhalt dieses Instituts zu ermitteln.

Dabei ist Ausgangspunkt der Überlegung, daß die Zuordnung des Verhaltens eines anderen auf den Vertretenen in der Form, daß der Vertreter an der Stelle des Vertretenen steht, auch bei der gesetzlichen Vertretung grundsätzlich nur im normativen, rechtsgeschäftlichen Bereich begründet ist.⁸⁵⁾ Eine Vertretung im eigentlichen Sinne im Bereich der unerlaubten Handlungen ist dagegen ausgeschlossen.⁸⁶⁾

Da der Unmündige durch die Einrichtung der gesetzlichen Vertretung am Rechtsverkehr teilnimmt, ist es angebracht und durch § 278 BGB verwirklicht, ihn insoweit auch umgekehrt für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haften zu lassen. Mit dem Vorteil, daß der Unmündige durch den gesetzlichen Vertreter im Rechtsverkehr handlungsfähig ist, muß er auch den Nachteil der Haftung für dessen Verschulden in Kauf nehmen. Die Haftung entspricht in diesem Fall seiner Repräsentationsbedürftigkeit im Rechtsverkehr.⁸⁷⁾ In diesem normativen Bereich ist auch seine eigene Zurechnungsfähigkeit nicht von Bedeutung, da er ja nur durch andere am Rechtsverkehr teilnehmen kann.

Die Grenze der Haftung für das Verhalten des gesetzlichen Vertreters endet jedoch dort, wo ihm nicht mehr die durch Gesetz verliehene typische Rechtsmacht zusteht, also grundsätzlich außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs.

Es zeigt sich, daß das Zurechnungsmoment bei unerlaubten Handlungen ganz anders liegt als bei Rechtsgeschäften.⁸⁸⁾ Hier ist, im Gegensatz zum

82) Vgl. etwa die Entscheidungen oben Anm. 107, 189.

83) Vgl. oben § 13 III, V.

84) Vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 166, 171.

85) Vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 51 ff.

86) Müller-Freienfels, aaO. S. 57 ff.

87) Vgl. Esser, JZ 1952, 260; Zeiss, JZ 1962, 286.

88) Müller-Freienfels, aaO. S. 58.

Rechtsverkehr; Anknüpfungspunkt einer Haftung die eigene Zurechnungsfähigkeit. "Im Unfallschadensrecht figuriert das Kind hinsichtlich der Schadenszurechnung ausschließlich als natürliche Person; kraft seiner Handlungsfähigkeit. Seine Verantwortlichkeit ist keine fiktive, ... sondern eine menschlich persönliche" 89).

Daraus ergibt sich einmal, daß eine Haftung des Unmündigen für unerlaubte Handlungen seiner gesetzlichen Vertreter schon im Prinzip abzulehnen ist. 90) Dies gilt, als Spiegelbild der positiven Haftung, auch im Bereich des mitwirkenden Verschuldens. 91) Hier muß deshalb im Rahmen der Verweisung auf § 278 BGB auch die Schutzfunktion der §§ 827, 828 BGB zur Geltung kommen. 92) Denn die Formulierung des § 278 BGB: "... in gleichem Umfang wie eigenes Verschulden zu vertreten", regelt nicht nur den Haftungsumfang, sondern auch Grund und Inhalt der Vertretungspflicht. 93)

Eine einigermaßen zutreffende Abgrenzung der Zurechnung des Aufsichtsverschuldens läßt sich danach über die Formel ziehen: Eine Zurechnung kommt nur dann in Betracht, wenn die Eltern in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter gehandelt haben. 94)

Damit ist grundsätzlich bei einer deliktischen Haftung des Schädigers eine Zurechnung des elterlichen Mitverschuldens ausgeschlossen. In diesem Rahmen entfällt schon begrifflich ein Handeln in gesetzlicher Vertretung. Insbesondere die Verletzung der Aufsichtspflicht durch die Eltern hat nichts mit einem Handeln in gesetzlicher Vertretung zu tun. 95)

Dagegen ist eine Zurechnung dann gerechtfertigt, wenn der gesetzliche Vertreter im rechtsgeschäftlichen Bereich in Wahrnehmung gerade derjenigen Rechtsbefugnisse gehandelt hat, mit denen er im Interesse des von ihm Vertretenen deshalb ausgestattet ist, weil dieser im Rechtsverkehr anders nicht wirksam

89) So Esser, JZ 1952, 260.

90) Vgl. oben II, S. 160.

91) Vgl. oben II, Anm. 44.

92) Vor allem Esser, JZ 1952, 260; JZ 1953, 692; Zeiss, JZ 1962, 286; Pienitz, aaO. S. 118 ff.

93) Das hat besonders Esser, aaO. hervorgehoben.

94) Vgl. Esser, JZ 1952, 260; JZ 1953, 692; ähnlich neuerdings auch der BGH JZ 1955, 453 (oben § 4 Anm. 60) und NJW 1961, 20 = JZ 1962, 283 m. Anm. Zeiss; ablehnend besonders Kleindienst, NJW 1960, 2031.

95) Vgl. Esser, JZ 1962, 260; Ehrenzweig, Die Schuldhaftung im Schadensersatzrecht, S. 260; BGH JZ 1955, 453.

Auch der Vergleich mit der "guardianship" (Oben § 13 IV) macht deutlich, daß die Verletzung der Personensorge und der Obhutspflicht keine Vertretungshandlung darstellt, sondern in einen anderen Bereich gehört.

handeln kann. ⁹⁶⁾ Nur weil der Handlungsunfähige im Rechtsleben durch seinen Vertreter handelt, muß er auch für dessen Verschulden wie für eigenes eintreten und ist die Garantiehaftung des § 278 BGB begründet. ⁹⁷⁾

Dabei liegt jedoch ein Handeln in gesetzlicher Vertretung nicht nur bei ausdrücklicher Vornahme eines Rechtsgeschäftes vor. ⁹⁸⁾ Im Rahmen einer Sonderbeziehung muß das Handeln des gesetzlichen Vertreters nicht unbedingt rechtsgeschäftlicher Art sein ⁹⁹⁾; es braucht auch nicht notwendig die Erfüllung einer echten Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger darzustellen ¹⁰⁰⁾. Auch die Verletzung der Obliegenheit des Kindes, sich vor Schaden zu bewahren, ist im Rahmen einer Sonderbeziehung ein Handeln in gesetzlicher Vertretung, weil auch insofern der Unmündige im Rechtsverkehr repräsentationsbedürftig ist. ¹⁰¹⁾

Der Kreis der gesetzlichen Vertreter ist aus Rechtsgründen auf die Eltern und sonstigen anerkannten gesetzlichen Vertreter zu beschränken. ¹⁰²⁾ Eine derart wichtige Funktion kann nicht jeder Aufsichtsperson des Kindes zuerkannt werden.

96) So BGH JZ 1955, 453; im gleichen Sinne Esser, aaO; Zeiss, JZ 1963, 286; Mammey, NJW 1953, 755. Anders Kleindienst, NJW 1960, 2031.

97) Vgl. BGH aaO.; Heck, Schuldrecht § 27, 4.

98) Insofern ist die Frage Kleindiensts, NJW 1960, 2028, 2031 einschränkend zu bejahen.

99) Zumal zweifelhaft ist, ob das Handeln des gesetzlichen Vertreters überhaupt ein Rechtsgeschäft darstellt. Vgl. Müller-Freienfels, aaO. S. 361 ff. Nach Heck, Schuldrecht § 27, 4 ist Aufgabe des gesetzlichen Vertreters Handeln in Erfüllung einer Obligation.

100) Es ist in der Rechtsprechung nicht ganz klar, ob die Verletzung der Obliegenheit, sich vor Schaden zu bewahren, im Rahmen einer Sonderbeziehung eine echte Rechtspflicht (vgl. oben IV) gegenüber dem Gläubiger bildet. Bejahend offenbar BGHZ 24, 325, 327; 3, 46, 48; verneinend vor allem BGH NJW 1961, 20.

101) Etwas anders Esser, JZ 1952, 260, der in diesen Fällen eine echte Pflicht dem Gläubiger gegenüber annimmt und außerdem hier die gesetzlichen Vertreter als Erfüllungsgehilfen qualifiziert.

102) RGZ 149, 6, 8 erweitert den Kreis der gesetzlichen Vertreter auf die Mutter des Kindes; ähnlich BGHZ 9, 316, 319, der aber offen läßt, ob die Mutter als gesetzlicher Vertreter oder Hilfsperson gewertet wird. Anders für Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Vertreter auf alle Aufsichtspersonen: Weimar, JR 1953, 295, und Staks, JZ 1955, 606.

Man wird jedoch aus dem Grunde der Repräsentationsbedürftigkeit des Kindes im Rechtsverkehr andere Aufsichtspersonen, die vom gesetzlichen Vertreter dazu ermächtigt sind, bei Vorliegen einer Sonderbeziehung als Bewahrungsgehilfen des Kindes ansehen müssen, deren Verschulden dem Kind ebenfalls zuzurechnen ist.¹⁰³⁾ Sie gehören insoweit zum Rechtskreis des Kindes.

VII. Die Unterscheidung der beiden Absätze des § 254 BGB

Die Beschränkung der Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen auf den rechtsgeschäftlichen Bereich, in dem sie als gesetzliche Vertreter gehandelt haben, und die Ablehnung einer Zurechnung im Bereich der deliktischen Schadenszufügung erfahren besondere Kritik unter dem Gesichtspunkt einer unsachlichen Differenzierung zwischen den beiden Absätzen des § 254 BGB.¹⁰⁴⁾ Während nämlich die Rechtsprechung bei der Verletzung des Kindes durch eine unerlaubte Handlung ein Mitverschulden des gesetzlichen Vertreters, das zur Entstehung des Schadens beigetragen hatte, nicht berücksichtigte, erklärte sie ein Mitverschulden in den besonderen Fällen der Abwendung eines drohenden Schadens für anrechenbar.¹⁰⁵⁾ Sowohl bei der Abwendung des "aus einer ursächlich bereits gesetzten Handlung drohenden Schadens"¹⁰⁶⁾ als auch bei der Minde-

102) So ausdrücklich BGHZ 24, 325, 328; vor allem auch Esser, JZ 1952, 260;

103) Schuldrecht § 64, 9. Das RG hatte in Band 62, 346, 351 dieses Problem schon erwogen, aber offengelassen.

Es kann auch nicht verschwiegen werden, daß gegen diese Lösung gewisse Bedenken bestehen, denn das Kind hat ja auf das Verhalten dieser Personen keinen Einfluß und keine Kontrolle. Die Bedenken lassen sich nur aus dem Gesichtspunkt der Teilnahme am Rechtsverkehr überwinden, womit auch einige Rechtsnachteile in Kauf genommen werden müssen.

104) Die Rechtsprechung ist unter diesem Gesichtspunkt angegriffen worden besonders von Lange, NJW 1953, 967: "dogmatische Schablonisierung"; Kleindienst, JZ 1957, 462: "unsachgemäße Differenzierung".

105) Grundsätzlich schon RGZ 62, 346, 350; vgl. außer den oben § 3 Anm. 44 angeführten Entscheidungen noch RGZ 156, 193, 205 sowie BGHZ 5, 378, 385 und BGH NJW 1961, 20.

106) So RGZ 62, 346, 350; BGHZ 5, 378, 385.

Bei der Körperverletzung eines Kindes hat jedoch die Rechtsprechung der Obergerichte niemals eine Zurechnung wegen der fehlenden Abwendung eines konkret drohenden Schadens vorgenommen. Es handelt sich meist um obiter dicta, welche die Entscheidung nicht unmittelbar beeinflussen (vgl. schon RGZ 62, 346, 350). Die Rechtsprechung ist hier sehr zurückhaltend, vor der Einwirkung

zung eines bereits eingetretenen Schadens ¹⁰⁷⁾ sei eine besondere Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem gegeben, etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches, in deren Rahmen eine Zurechnung angebracht sei.

Der Kritik ist eine gewisse Berechtigung nicht zu versagen, soweit sie die folgenschwere Unterscheidung zwischen den beiden Absätzen des § 254 BGB in Zweifel zieht. In der Tat ist ein prinzipieller Unterschied zwischen der "Pflicht", sich vor Schaden zu bewahren, und der "Pflicht", einen entstandenen Schaden zu mindern, nicht erkennbar. ¹⁰⁸⁾ In beiden Fällen ist es ein Gebot des eigenen Interesses, sich vor Schaden zu bewahren, und stellt ein Zuwiderhandeln eine Obliegenheitsverletzung dar. ¹⁰⁹⁾ Auch nach Entstehung eines Schadens schlägt der Verstoß gegen die Gebote des eigenen Interesses grundsätzlich nicht in eine echte Pflichtverletzung gegenüber dem Gläubiger um. ¹¹⁰⁾

Fortsetzung der Fußnote 106) von Seite 178:

auf den Körper des Kindes die Entstehung eines Schadens und damit eine besondere Rechtsbeziehung anzunehmen (vgl. besonders BGHZ 5, 378, 385). Das Beispiel Kleindiensts, NJW 1960, 2030, worin ein Vater sein Kind in der Nähe eines Pferdefuhrwerks spielen läßt, würde daher sicher nicht über § 254 Abs. 2 im Sinne einer Zurechnung entschieden werden. Die meisten Entscheidungen des RG zur Abwendung eines drohenden Schadens (vgl. oben § 3 Anm. 44, NJW 1961, 20) haben einen Vermögensschaden des Kindes zum Gegenstand.

Lediglich das OLG Celle (oben § 5 Anm. 73) - NJW 1953, 990 - hat versucht, die Grenzen des § 254 Abs. 2 BGB vorzuverlegen; die Begründung der Zurechnung, die Mutter habe die Typhuserkrankung ihrer Kinder durch ein Abkochen der Milch "parieren" können und ein solches Verhalten sei ihr zuzumuten gewesen, überzeugt keineswegs.

- 107) Vgl. RGZ 156, 193, 205, und die oben § 3 Anm. 44 aufgeführten Entscheidungen, die aber nichts mit einem Körperschaden des Kindes zu tun haben.
- 108) Schmidt in Soergel-Siebert, BGB § 254 Rn. 45 ff.; BGH NJW 1961, 20; anders vor allem Venzmer, aaO. S. 65 ff., der eine strenge Scheidung zwischen den Pflichten in den beiden Absätzen vornimmt.
- 109) Auch im amerikanischen Recht ist anerkannt, daß der contributory negligence und der "rule of avoidable consequences" derselbe Rechtsgedanke zugrunde liegt und daß ein prinzipieller Unterschied im Inhalt der "Pflichten", sich vor Schaden zu bewahren oder einen eingetretenen Schaden zu mindern, nicht besteht. Vgl. oben § 17 VII S. 149 ff.
- 110) Die Rechtsprechung ist unklar. Im allgemeinen nimmt sie eine echte Verpflichtung gegenüber dem Schädiger an; vgl. RGZ 62, 346, 350; 141, 353; 156, 193, 205; anders vor allem BHG NJW 1961, 20 = JZ 1962, 283, der den

Trotzdem ist die Differenzierung aus dem Sondercharakter der Norm des § 254 Abs. 2 begründet, die nach Schadenseintritt eine Sonderbeziehung zwischen Schädiger und Beschädigtem und damit eine Art rechtsgeschäftliche Verknüpfung herstellt.¹¹¹⁾ Damit kommt aber der fundamentale Unterschied der Haftung für fremdes Verschulden inner- und außerhalb einer Sonderbeziehung zum Tragen.¹¹²⁾ In diesem sozusagen rechtsgeschäftlichen Bereich ist wegen der Repräsentationsbedürftigkeit des Kindes ein Handeln in gesetzlicher Vertretung und damit auch eine Zurechnung möglich.¹¹³⁾

VIII. Der Vertrag als Abgrenzungskriterium?

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die zurückhaltende und einschränkende Haltung der Rechtsprechung gegenüber einer allgemeinen Zurechnung des Mitverschuldens gesetzlicher Vertreter grundsätzlich auf richtigen Erwägungen beruht. Jedoch hat die Rechtsprechung zur Abgrenzung der entsprechenden Anwendung des § 278 nicht den eigentlich tragenden Gesichtspunkt hervorgehoben, sondern mehr vordergründig auf das Vorliegen einer Verbindlichkeit und eines Schuldverhältnisses abgestellt. Damit hat sie sich dann auch in gewisse Widersprüche verwickelt und nicht immer eine klare Linie erkennen lassen.

Im Gegensatz zur Lehre hat die Rechtsprechung aber richtig erkannt, daß Grenze der Zurechnung fremden Mitverschuldens das Entstehenmüssen für fremdes Verschulden im positiven Haftungsrecht ist. Die hier versuchte Abgrenzung über den Grundsatz der Gleichbehandlung und über das Handeln als gesetzlicher

Fortsetzung der Fußnote 110) von Seite 179:

gleichen Charakter der Verletzung der Gebote des eigenen Interesses in § 254 Abs. 1 und 2 betont und im übrigen große Schwierigkeiten hat, die beiden Absätze des § 254 BGB voneinander abzugrenzen.

Esser, Schuldrecht § 64, 6 spricht für den Fall des § 254 Abs. 2 von einer unbezweifelten Rechtspflicht. Ähnlich JZ 1952, 260.

Dagegen verneinen Lange, NJW 1953, 968; Kleindienst, JZ 1957, 460, m. E. zutreffenderweise, eine echte Rechtspflicht.

Vgl. zu dem entsprechenden Problemkreis im Rahmen eines Schuldverhältnisses oben S. 166 f.

111) Weitergehend Esser, Schuldrecht § 64, 6, der von einer Legalobligation spricht.

112) Ähnlich Mammey, NJW 1960, 754, der dies aus dem fundamentalen Unterschied zwischen dem Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen ableitet.

113) Die Lösung ist insofern gleich wie im sonstigen rechtsgeschäftlichen Bereich. Vgl. oben S. 211 f.

Vertreter ¹¹⁴⁾ gibt eher die Möglichkeit, auch in den Bereichen die Garantiehaftung des § 278 BGB heranzuziehen, in denen zwar eine Sonderbeziehung, nicht aber ein ausgesprochenes Schuldverhältnis besteht. Entscheidender Gesichtspunkt ist, daß ein Einstehenmüssen für mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters nur in dem Bereich angemessen ist, in dem wegen des Vorliegens einer Sonderbeziehung eine Repräsentationsbedürftigkeit des Kindes gegeben ist.

Dabei ist der Rechtsprechung zuzugeben, daß ihre Abgrenzung weitgehend mit der vorliegenden übereinstimmt. ¹¹⁵⁾ Auch sie versucht über das Gegensatzpaar Schuldverhältnis - Delikt den rechtsgeschäftlichen Bereich von dem allgemeinen Schadensrecht abzugrenzen. ¹¹⁶⁾

In der Tat erweist sich damit für das deutsche Recht, im Gegensatz zum nordamerikanischen common law, die Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichem und deliktischem Bereich als ausschlaggebend für eine Zurechnung des Mitverschuldens der Aufsichtsperson. Das nordamerikanische Recht kann wegen der mangelnden scharfen Unterscheidung zwischen Ansprüchen aus Vertrag und Delikt, vor allem aber wegen des Fehlens des Instituts der gesetzlichen Vertretung das Vorhandensein einer Sonderbeziehung vernachlässigen. Demgegenüber muß das minderjährige Kind im deutschen Recht mit dem Vorteil, durch die gesetzliche Vertretung allgemein am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, auch den Nachteil des Einstehenmüssens für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters in diesem Bereich in Kauf nehmen.

In einem Punkt jedoch hat die besondere Betonung des Vertrages als Abgrenzungskriterium zu einer nicht sehr erfreulichen Entwicklung geführt. Die Rechtsprechung hat nämlich über die Konstruktion des Vertrages zugunsten Drit-

114) Ähnlich Esser, Schuldrecht § 64, 9; JZ 1952, 259 f.

115) Ein wesentlicher Unterschied auch gegenüber dem Lösungsversuch der Lehre, die auf die Funktion der Hilfsperson im Rechtskreis des Geschädigten, auf die Pflichtintensität auf seiten des Geschädigten und auf das Vorliegen eines besonderen Pflichtgebots abstellt (so Esser, JZ 1952, 259 f.; Schuldrecht § 64, 7-9; Schmidt in Soergel-Siebert, BGB § 254 Rn. 61), ist nicht erkennbar.

116) Besonders Mammey, NJW 1960, 753, 755 unterstützt die Rechtsprechung mit dem Hinweis auf diesen dem deutschen Recht zugrundeliegenden Unterschied.

Ebenso weist Gernhuber, Drittwirkungen S. 250, auf das antithetisch aufgebaute deutsche Haftungsrecht hin, das innerhalb einer rechtlichen Sonderverbindung nach anderen Grundsätzen als außerhalb eines besonderen Bandes haften läßt.

ter in verschiedenen Fällen der Verletzungen von Kindern ¹¹⁷⁾ ein Schuldverhältnis angenommen und damit ein mitwirkendes Verschulden der Eltern zum Nachteil des Kindes berücksichtigt, in denen dies nicht mehr vertretbar erscheint. Ohnehin hat der Vertrag zugunsten Dritter ¹¹⁸⁾ in jüngster Zeit nur deshalb eine besondere Bedeutung erlangt, die ihm von Hause aus gar nicht zukommt ¹¹⁹⁾, weil damit über § 278 BGB eine vertragliche Haftung für Hilfspersonen durchzusetzen war. ¹²⁰⁾ In vielen dieser Fälle handelt es sich in Wirklichkeit um die Verletzung einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht ¹²¹⁾, und es liegt insofern eine Überstrapazierung des Instituts des Vertrages zugunsten Dritter vor. ¹²²⁾

Besonderen Bedenken begegnet diese Ausweitung, wenn die theoretische Begünstigung des Kindes durch einen Vertrag zu seinen Gunsten in Wirklichkeit durch eine Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens seiner Eltern zu einer Benachteiligung führt. ¹²³⁾ Sie bedeutet im Grunde die Annahme eines Vertrages zu Lasten des Kindes, der unserer Rechtsordnung unbekannt ist. Bei Unfällen des Kindes, die eigentlich auf die Verletzung einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht zurückzuführen sind, handeln die Eltern auch bei einer Vernachlässigung der Aufsicht nicht in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter. In diesem Bereich ist eine Repräsentationsbedürftigkeit des Kindes nicht mehr gegeben. ¹²⁴⁾

Schließlich läßt sich gegen diese Rechtsprechung der im amerikanischen Rechtskreis geäußerte Gedanke ¹²⁵⁾ verwerten, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung in allen Fällen einer Umkehrung fähig ist. Die Gleichbehandlungstheorie ist die äußerste Grenze einer Zurechnung. Auch bei grundsätzlicher Anerkennung ¹²⁶⁾ des Versuchs der Rechtsprechung, über die Annahme eines Vertrages zugunsten

117) Vgl. die oben § 4 Anm. 53 ff. angeführten Entscheidungen.

118) Vgl. dazu Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter; Gernhuber, Drittwirkungen S. 249 ff.; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts S. 59 ff.

119) Gernhuber aaO. S. 251.

120) Vgl. v. Caemmerer, aaO. S. 60 ff.; Gernhuber, aaO. S. 252 ff.

121) Vgl. v. Caemmerer, aaO., S. 60 ff.

122) So Gernhuber, aaO., S. 260 f.

123) Wie dies in den oben § 4 Anm. 53 ff. erwähnten Entscheidungen tatsächlich der Fall war. Vgl. auch Gernhuber, aaO. S. 254 ff. mit weiteren Nachweisen.

124) Anders Esser, Schuldrecht § 64, 9.

125) Es handelt sich um die an dem "both-ways-test" geäußerte Kritik, die es ablehnt, in allen Fällen einer Ausweitung der Haftung auch eine Zurechnung des Mitverschuldens nachfolgen zu lassen. Vgl. oben § 13 II Anm. 158 und § 17 V Anm. 408.

126) v. Caemmerer, aaO. S. 59; zweifelnd Gernhuber, aaO. S. 260 ff.

Dritter die Haftungsgrundlagen auszuweiten, ist es entschieden zweifelhaft, nun auch umgekehrt eine Zurechnung des Mitverschuldens zum Nachteil des Kindes folgen zu lassen.

Insgesamt hat die Gegenüberstellung der vielfältigen Gesichtspunkte des nordamerikanischen Rechtskreises mit der Diskussion des deutschen Rechts ihren Zweck erfüllt, wenn es ihr gelungen ist, die Teilproblematik der Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens gesetzlicher Vertreter auf die ihr eigenen, selbständigen Kernfragen zu konzentrieren.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 11. Januar 1936 in Breslau als zweites Kind - von insgesamt sechs Geschwistern - des Bankkaufmanns Bernhard Dehmel und seiner Ehefrau Genoveva, geb. Bartenstein, geboren.

Nach der Vertreibung im Jahre 1945 fand meine Familie schließlich in Freiburg/Breisgau eine neue Heimat. In Freiburg besuchte ich von 1946 bis 1955 das Humanistische Bertholdsgymnasium. Ostern 1955 erhielt ich von dieser Schule das Reifezeugnis.

Im Sommer 1955 begann ich an der Universität Freiburg mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Nach einjährigem Studienaufenthalt an der Universität Bonn und der Freien Universität Berlin (1956/57) setzte ich mein Studium in Freiburg fort. Im Juni 1959 bestand ich dort das Erste Juristische Staatsexamen.

Den juristischen Vorbereitungsdienst verbrachte ich im wesentlichen im Dienste des Landes Baden-Württemberg. Im Dezember 1963 legte ich in Stuttgart die Zweite Juristische Staatsprüfung ab.

Von Januar bis August 1964 war ich wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Müller-Freienfels an der Universität Freiburg.

Nach einjährigem Studienaufenthalt in den USA erhielt ich im Juni 1965 von der Law School der Columbia-Universität in New York den degree eines "master of comparative law".

Seit Ende 1965 arbeite ich in einem Rechtsanwaltsbüro in Frankfurt.

